

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2017

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2017, 1ª edición, p. 472, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas Becerra
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2017.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.
Derecho al agua potable. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Personas LGTBI. Aspectos jurídicos.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Derechos de pueblos indígenas.
Identidad cultural. Chile.
Privacidad.
Control de la policía.
Derecho de acceso a la justicia.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2017

Primera edición: noviembre de 2017

ISBN 978-956-314-392-8

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.

LA REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE INFANCIA BAJO LA LUPA DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

1 Capítulo elaborado por Camila de la Maza Vent con la ayuda de los alumnos Constanza Quezada, Allan Leiva y Catalina Asenjo.

SÍNTESIS

El presente capítulo revisará los proyectos de ley presentados al Congreso, bajo los estándares internacionales que se relacionan con una reforma estructural que el Estado de Chile pretende hacer en materia de infancia y adolescencia, que se encuentra pendiente desde la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990. Dicha reforma, a la fecha, no ha tenido concreción en la normativa interna sustantiva del país, salvo en algunas normas periféricas del ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Niñez, convención, institucionalidad, enfoque de derechos.

INTRODUCCIÓN

Durante el año 2016, el Servicio Nacional de Menores (en adelante, Sename) nuevamente hizo noticia debido a la muerte de una niña de 11 años en un Centro Residencial de Administración Directa. Junto con ello, quedaron a la luz –tal como el *Informe* viene reiterándolo hace varias ediciones–² las deudas que el Estado de Chile mantiene con la infancia y adolescencia, tanto en materia legislativa como en la implementación de políticas públicas que cumplan con los estándares de derechos humanos, contenidos no solo en los tratados que el país ha ratificado y se encuentran vigentes, sino también en las recomendaciones de sus órganos de tratado.

El objetivo del presente capítulo es, entonces, revisar si los proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional –tanto producto de esta crisis, como en su objetivo de reformar estructuralmente la institucionalidad en materia de infancia y adolescencia– cumplen con su obligación de prevenir, sancionar, reparar y restituir derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, siguiendo los estándares internacionales fijados en el sistema universal y en el interamericano.

Durante 2015, se presentaron dos proyectos de ley: el que establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez³ y el que crea la Subsecretaría de la Niñez,⁴ ambos analizados en el *Informe 2016*. Posteriormente, en marzo de 2016, se presentó el proyecto que crea la Defensoría de la Niñez⁵ y en abril de 2017, el que crea el Servicio de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes⁶ y el que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.⁷ Estos dos últimos

2 Particularmente, en el *Informe 2014* que analizó las políticas públicas en materia de infancia, el *Informe 2015* que analizó la situación de los niños y niñas en relación a su derecho a vivir en familia y el *Informe 2016* que revisó los proyectos presentados por el Ejecutivo en materia de infancia.

3 Boletín 10.315-18.

4 Boletín 10.314-06.

5 Boletín 10.584-07.

6 Boletín 11.176-07.

7 Boletín 11.174-07.

organismos son los que pretenden reemplazar al Servicio Nacional de Menores. El primero de ellos se aloja en el Ministerio de Desarrollo Social y el segundo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

A partir, fundamentalmente, de los estándares fijados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, vigente en el país desde 1990, y las recomendaciones formuladas al Estado en la última revisión realizada por el Comité de los Derechos del Niño en septiembre de 2015, en lo sucesivo analizaremos los contenidos centrales de los proyectos que se encuentran en actual tramitación, para efectos de determinar si Chile cumple o no con la debida diligencia en materia de promoción y protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Tomaremos como marco, también, las definiciones otorgadas por los órganos regionales de promoción y protección de los derechos humanos, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH).

2. PRINCIPIOS QUE FUNDAN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) –estructurada sobre el principio de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño/a y el principio de efectividad– le reconoce a los/as niños/as su condición de sujetos de derecho. De ese modo instituye un catálogo de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, que son los mismos reconocidos a todas las personas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Que se realicen efectivamente, corresponde al derecho a la Protección Universal. Lo anterior significa que el Estado –en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la CDN– deberá adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a esos derechos y, en el caso de los económicos, sociales y culturales, hasta el máximo de los recursos disponibles en el país y, de no ser suficientes, deberá acudir a la cooperación internacional.

La CDN, además de reconocer e instar a la efectividad de los derechos de protección universal, establece un catálogo de derechos que son solo para los niños y las niñas y que constituye lo que conocemos como Protección Especial de Derechos. Por ejemplo, el derecho a vivir en familia, a ser cuidados por esta y a no ser separado de ella, sino excepcionalmente; caso en el cual, deben recibir una asistencia especial del Estado.

Así, la CDN en su artículo 19 establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños/as contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Del mismo modo, establece una serie de derechos que constituyen el elemento sustantivo de esta protección especial: el derecho a no ser trasladados ilícitamente (artículo 11), el derecho al cuidado alternativo y a la adopción (artículos 20 y 21), el tratamiento especial de los niños/as refugiados (artículo 22), la protección contra la explotación económica (artículo 32), protección contra el uso de sustancias sicotrópicas y estupefacientes (artículo 33), y la protección contra el abuso y explotación sexual (artículo 34).

Cabe indicar, que los principios que fija la CDN para el sistema universal de protección de derechos humanos, también son utilizados por los órganos del sistema interamericano, atendido a que forman parte del *corpus iuris* internacional de protección de los derechos del niño⁸.

El sistema universal de protección de derechos humanos, en materia de niñez, establece estos principios generales a partir de los cuales pretende instar a los Estados parte a formular todas sus normas y políticas en esta materia.

En particular, analizaremos el principio del interés superior del niño, el principio de igualdad y no discriminación y el principio de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído; como elementos indispensables para articular una institucionalidad en materia de infancia y adolescencia universal, que reconozca a los niños y niñas como sujetos de derecho.

2.1. Interés superior del niño

El artículo 3.1 de la Convención, indica que: “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”.

Dicho artículo se instituye como principio orientador para que los Estados ajusten sus normas y políticas. Sin embargo, ha sido motivo de preocupación qué es lo que debemos entender por el “interés superior” de los niños y niñas.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de una de sus observaciones generales, ha señalado que el artículo 3 en comento debe entenderse como un derecho, un principio y una norma de procedimiento

8 Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Sentencia 19 de noviembre de 1999. Párr.194.

y, en ese sentido, su objetivo es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención”.⁹ A su vez, la doctrina ha sostenido que dicho principio opera como una garantía de la vigencia de los demás derechos y, así, se instituye como un mecanismo de protección que permite oponerse a los abusos de poder y superar el paternalismo relativo a la infancia, entendiendo que toda decisión que involucre a niños y niñas debe considerar la satisfacción integral de sus derechos.¹⁰ De lo anterior es posible concluir que cualquier interpretación de los conflictos jurídicos, suscitados a propósito de niños y niñas, jamás puede implicar una restricción o conculcar sus derechos con el pretexto de proteger su interés superior.

2.2. Principio de igualdad y no discriminación

La CDN, como primer gran hito, y a diferencia de la anterior doctrina de la situación irregular, reconoce a los niños y niñas como sujetos de derecho –y no como meros objetos de protección de la política pública– y, en esa condición, les asiste el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El tenor literal de la norma indica en su artículo 2.1 que “los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

El análisis del principio de igualdad va de la mano con la no discriminación, ya que el sistema de protección de derechos humanos se funda en el reconocimiento de que todas las personas son iguales en dignidad y derechos y que la discriminación se entiende como la negación del acceso igualitario a los derechos y constituye una práctica violatoria de los derechos fundamentales.¹¹

En este escenario, una institucionalidad en materia de niñez tiene como condición fundamental reconocer un piso mínimo de igualdad en el acceso y ejercicio de los derechos a todos los niños, niñas y adolescentes y de establecer garantías que permitan la efectividad de los

9 Comité de los Derechos del Niño (2013), Observación General N°14.

10 Miguel Cillero, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N°9, 2007, pp. 125-143.

11 Informe UNICEF, *Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes. Institucionalización y prácticas discriminatorias en Latinoamérica y el Caribe*, 2013, p. 11. Buen ejemplo de la aplicación del principio de igualdad fue la promulgación de la Ley 19.585 en 1998: terminó con la distinción arbitraria que existía entre niños y niñas nacidas dentro y fuera del matrimonio.

mismos, sin ninguna discriminación arbitraria, atendiendo especialmente a aquellas categorías sospechosas fundadas en la orientación sexual, la identidad de género la situación de discapacidad, entre otras.

2.3. Principio de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído

Si bien el principio de la autonomía progresiva, no se encuentra reconocido expresamente en el articulado de la CDN, es posible identificarlo a partir del derecho deber que el artículo 5 le reconoce a los padres, madres y familias, en relación con orientar y dirigir a los niños y niñas “en consonancia con la evolución de sus facultades (...) para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Así, el establecimiento del derecho deber de los padres, madres y las familias de dirigir y orientar a los niños y niñas en el ejercicio de sus derechos, va necesariamente ligado a la evolución de las facultades de estos para ejercerlos.

En este mismo sentido, el reconocimiento del ejercicio gradual y progresivo de los derechos de niños y niñas va íntimamente ligado al derecho consagrado en el artículo 12, que dice relación con que puedan expresar libremente su opinión cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, en todos los asuntos que les conciernen, y que esas opiniones sean tomadas en cuenta. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité) ha sostenido que este derecho constituye un pilar fundamental para el reconocimiento efectivo de la condición de sujetos de derecho de niños y niñas.¹²

Por ello, el Comité recomendó a Chile asegurar el derecho a los niños a ser escuchados en los asuntos que los involucran, especialmente en los relacionados con la educación, la salud, la justicia y la familia.¹³

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

El derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho internacional público, se funda en la obligación de los Estados de respetar de buena fe las obligaciones contraídas con la comunidad internacional y, por ello, su incumplimiento genera responsabilidad a nivel internacional.

En el derecho internacional público, la responsabilidad se entiende como una “institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe

12 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°12.

13 *Ibíd.* Cit. párr. 29.

reparación al Estado en contra el cual fue cometido ese acto (...), primando la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado en forma voluntaria”.¹⁴

Sin embargo, las obligaciones del Estado no solo consideran la reparación, sino también el respeto de los derechos reconocidos.

En el sistema interamericano, a partir del desarrollo jurisprudencial de sus órganos, se ha sostenido que la obligación de garantizar los derechos humanos establecida en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.¹⁵

De lo anterior se concluye, entonces, que el estándar exigido al Estado en materia de derechos humanos es cumplir con debida diligencia en relación con prevenir, sancionar y reparar o restituir –en su caso– derechos fundamentales.

La Corte IDH entiende estos conceptos de la siguiente forma:

- Por “prevenir”, como aquella obligación de los Estados de organizar el aparato estatal para asegurar el ejercicio de los derechos.
- Por “sancionar”, como el inicio de oficio y sin dilación, de una investigación cuando se tome conocimiento sobre un ilícito que vulnera los derechos humanos. Esa investigación debe ser seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos punibles, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.¹⁶
- Por “reparar”, la obligación de debida diligencia con la que deben actuar los Estados, en forma seria, imparcial y exhaustiva frente a la vulneración de los derechos.
- Por “restituir”, como el imperativo de los Estados de adoptar

14 Claudio Nash, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988.2007)*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009, p.11.

15 Corte IDH (1988) *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.166.

16 Corte IDH (2009) *González y otras vs. México*, párr. 290.

medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para que las violaciones a los derechos no queden impunes y restablecer los derechos en la medida de lo posible, para que el sujeto que fue víctima de vulneración de sus derechos se encuentre capacitado para poder ejercerlos nuevamente con plena libertad.¹⁷

4. PROYECTOS QUE REFORMAN LA INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE INFANCIA Y SU DIÁLOGO CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir de los principios y estándares revisados en la primera parte de este capítulo, a continuación, se analizarán los proyectos que se encuentran en actual discusión en el Parlamento, a fin de determinar si estos cumplen con ellos y permiten ajustar las normas del Estado de Chile a las obligaciones internacionalmente contraídas en materia de infancia y adolescencia, en relación a prevenir la violación de derechos humanos de niños y niñas, y a su vez, sancionar la violación de estos; y por último reparar o restituir derechos a la luz de los principios que fundan el derecho internacional en materia de niñez y adolescencia antes referidos.

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

Las normas relativas a la protección especial de niños y niñas, cuando han sido gravemente vulnerados en sus derechos, no están debidamente articuladas. La más antigua de ellas, la Ley de Menores, aún mantiene algunos artículos vigentes. Se promulgó en 1967, previo a la CDN y, por lo mismo, se funda en la doctrina de la situación irregular que considera a los niños y niñas como un asunto privado, propio y exclusivo de sus adultos responsables, donde el Estado solo cumple un rol cuando determinadas situaciones repercuten en la esfera pública como, por ejemplo, la infracción de normas penales, situaciones de negligencia parental, exclusión escolar, maltrato o abuso. Ese enfoque debió transformarse radicalmente con la ratificación de la CDN, ya que

17 Ibid.

esta le otorga al Estado un rol de garante de los derechos de los niños y niñas y deja de considerarlos meros objetos de las políticas públicas.

Sin embargo, a 27 años de la entrada en vigor de la CDN, esta visión no se ha materializado del todo, y ese es —o debió ser— el propósito fundamental del paquete de reformas impulsado por el gobierno: generar un nuevo marco institucional en el cual se reconozcan y garanticen los derechos de los niños y niñas, de manera efectiva y universal. A su vez, en materia de protección especial —esto es, cuando los niños y niñas han sido vulnerados en sus derechos—, establecer un sistema que permita que la intervención del Estado se realice desde un enfoque de derechos, de manera oportuna, eficaz y teniendo presente el interés superior de niños y niñas, su derecho a vivir en familia, el resguardo de su autonomía progresiva y el derecho a ser oídos en lo que les concierne y que su opinión sea efectivamente considerada en las decisiones que los involucren.

4.1. Contexto nacional en el cual se enmarcan los proyectos de ley

Los años 2016 y 2017 han sido sumamente noticiosos en materia de infancia, especialmente en lo que dice relación con aquellos niños y niñas vulnerados gravemente en sus derechos, particularmente por la muerte de una niña de 11 años en un centro de protección de administración directa del Servicio Nacional de Menores, en abril de 2016.¹⁸ Ello dio lugar a que en junio de 2016 la Cámara de Diputados aprobara una comisión investigadora sobre “la situación de niños, niñas y adolescentes y de aquellos carentes de cuidado parental en Chile, con el propósito de indagar y conocer los avances y obstáculos que, desde la aprobación del informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Sename en el año 2014, ha experimentado nuestra institucionalidad para adecuar el sistema de protección de los niños carentes de cuidado parental a los mandatos normativos debidos, así como también conocer la forma en que diversas autoridades han atendido las propuestas que esta Corporación ha formulado sobre la materia”.¹⁹ Dicha comisión ofició y recibió antecedentes de prácticamente todos los ministerios, organizaciones de la sociedad civil, personas naturales que concurrieron a dar su testimonio, jueces de familia y ministros de las distintas Cortes de Apelaciones del país, en los doce meses durante los cuales sesionó. Su informe final, cuyas conclusiones se filtraron a la prensa

18 *La Tercera*: “Mi nombre es Lissette”, 24 de abril de 2016.

19 Solicitud que fue hecha por 53 diputados en mayo de 2016. www.camara.cl

previo a su votación,²⁰ y que contemplaba 64 medidas para abordar la crítica situación de los centros residenciales de protección,²¹ finalmente fue rechazado por la Cámara de Diputados. Esta situación, más la información a la opinión pública de muertes en recintos bajo la tutela del Sename,²² agravó una crisis que era conocida, pero no necesariamente abordada por las autoridades.

Es importante indicar que el sistema institucional de infancia, como ya el *Informe* lo ha indicado en sus últimas ediciones, no ha tenido grandes transformaciones en los últimos 30 años, lo que es especialmente grave, teniendo en consideración que Chile ratificó la CDN en el año 1990 y desde esa fecha no ha logrado adecuar sustantivamente sus normas y políticas a las disposiciones convencionales. Chile es el único país de la región que no cuenta con una ley de protección integral de la infancia y la adolescencia, lo que constituye una deuda que aún resta por saldar, teniendo en cuenta que las recomendaciones del Comité del Derechos del Niño respecto a Chile –en los años 2002, 2007 y 2015– se han referido expresamente a la urgencia que ello representa para contar con un marco jurídico acorde a la CDN y los demás tratados en materia de derechos humanos que el país ha ratificado y se encuentran vigentes.

Esta reforma fue uno de los compromisos formulados por la presidenta Michelle Bachelet en su programa de gobierno. Apuntando en esa dirección creó, el 14 de marzo de 2014, el Consejo para la Infancia como comisión asesora presidencial en esta materia, dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con la finalidad de que la asesorara en las reformas que el gobierno pretendía hacer.

La propuesta del Ejecutivo constaba de una profunda transformación de la institucionalidad en esta materia, constituida por la presentación de un conjunto de proyectos que la llevarían a cabo. Así, al cierre de esta edición,²³ se han presentado:

- El proyecto de ley que crea el Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez, presentado al Parlamento en septiembre de 2015,²⁴ se pretende que constituya la ley marco del sistema de infancia.

20 Junio de 2017. En dicho informe, según informó la prensa, entre sus propuestas se encuentra la realización de una comisión de verdad, a través de la cual se solicita que el Estado pida perdón a las familias y a los niños y niñas que han sido gravemente vulnerados en sus derechos, estando bajo el cuidado de organismos públicos y colaboradores del Estado. Ver: *El Mercurio*: "Comisión investigadora Sename II concluye que hay violación sistemática a los derechos de los menores", C12, 11 de junio de 2017.

21 Tal como lo informó el sitio web de la cámara de diputados el día 4 de julio de 2017. En: https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=132334

22 Emol.cl: "Sename confirma la muerte de 865 niños a cargo del organismo en últimos 11 años", 3 de octubre de 2016.

23 Junio de 2017.

24 Boletín 10.315 – 08.

- El proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, también presentado en septiembre de 2015.²⁵
- El proyecto que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, presentado en marzo de 2016.²⁶
- El proyecto que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de niños, niñas y adolescentes, presentado en abril de 2017.²⁷
- El proyecto que crea el Servicio de Reinserción Social Adolescente y modifica la Ley 20.084, de responsabilidad penal adolescente y otras normas que indica.²⁸

Según lo indicado por el Ejecutivo, restaría aún por presentar:

- El proyecto que crea el sistema de protección administrativa.
- Las normas adecuatorias de la Ley de tribunales de familia, Ley 19.968, para que estuvieran acordes con las nuevas disposiciones formuladas por la ley marco.
- Reformas a la Ley 20.032, que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

En este contexto, y a pesar de que existe consenso entre los distintos actores tanto estatales como de la sociedad civil, así como de los organismos internacionales y de la academia, de que las reformas son urgentes, la tramitación de los proyectos ha sido lenta y extremadamente compleja. Un buen ejemplo de esa complejidad es el proyecto que crea el sistema de garantías de la niñez: tuvo 19 meses de tramitación en la Cámara de Diputados, recibió cerca de 500 indicaciones, y el texto aprobado por la sala de la Cámara dejó fuera parte importante de las disposiciones planteadas por el proyecto,²⁹ porque no fue posible llegar a acuerdos entre los parlamentarios y el Ejecutivo en esa etapa de la discusión.

25 Boletín 10.314 – 06.

26 Boletín 10.584 – 07.

27 Boletín 11.176 – 07.

28 Boletín 11.174 – 07.

29 Especialmente en lo relativo al título en que se establecía la protección administrativa, sus supuestos de aplicación, la definición de la protección judicial, la definición de las medidas de protección que se podrían adoptar en caso de vulneración de derechos, y aquello relativo a la institucionalidad que debía crearse para dar efectividad al catálogo de derechos que el proyecto de ley reconoce. Al cierre de esta edición, el proyecto se encuentra en su segundo trámite constitucional en el Senado, en la comisión especial de Infancia, en la etapa de discusión general.

4.2. Contenido de los proyectos y aplicación de estándares internacionales en materia de derechos humanos de la niñez

A partir del escenario descrito, se analizarán los contenidos de los proyectos que están en tramitación, en relación a si cumplen o no –según corresponda– con el estándar de garantizar derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, entendido ello como prevenir, sancionar, reparar o restituir derechos humanos.

4.2.1. Proyecto que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez

El proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez representa el primer peldaño para el diseño de una nueva institucionalidad y pretende proteger y promover los derechos fundamentales de la niñez de manera universal, en los términos propuestos por los distintos tratados de derechos humanos, tanto universales como regionales.

En su larga tramitación en la Cámara de Diputados, el proyecto en comento estableció lo siguiente:

- a. En materia presupuestaria, que la promoción y protección de la niñez debían satisfacerse hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo el Estado, en caso de no ser suficiente, acudir a la cooperación internacional.³⁰
- b. En materia de reconocimiento de derechos, estableció un amplio catálogo de ellos, entre los cuales se destaca el resguardo al derecho a la identidad de género, a la protección social de la infancia, el derecho a participar y la prohibición absoluta del maltrato. También, se garantizó al alero del derecho a la no discriminación, el derecho del nonato a no ser discriminado ni ser víctima de violencia, lo cual desnaturaliza el objeto de una ley de esta naturaleza.
- c. En relación a la institucionalidad que debe materializar la efectividad de los derechos, dispuestos en los títulos III y IV del proyecto, estos quedaron seriamente mermados en la actual redacción, ya que el título III contempla solo un deber general para los órganos del Estado y el derecho a la defensa jurídica, y el título

30 Cabe indicar, que el proyecto original sujetaba la mayoría de los derechos consagrados y los deberes del Estado a la “disponibilidad presupuestaria”, lo cual el *Informe 2016* recomendó modificar, toda vez que en materia de derechos humanos no era admisible que el reconocimiento y garantía de los derechos quedara supeditada a los recursos disponibles. Con todo, el estándar fijado en la ley marco es más bajo que el de la CDN, ya que estableció que todos los derechos quedarían sujetos al máximo de los recursos disponibles, y no solo los DESC, como lo establece el artículo 4 de la CDN. Ello es cuestionable toda vez que hay derechos que deben ser de exigibilidad inmediata y no gradual y progresiva.

IV contiene un solo artículo relativo a la participación y colaboración ciudadana en materia de niñez.

Los dos primeros puntos anteriores representan avances respecto a lo que actualmente impera en el país. Sin embargo, existe un grave riesgo de que estos derechos reconocidos en la primera parte de la Ley tengan serias dificultades para materializarse porque, como se indica en el tercer punto, los títulos que se referían a su implementación —a través de la protección administrativa y judicial de la cual niños y niñas serían titulares— fueron votados en contra en la sala de la Cámara. Así, también, lo fueron las normas referidas a la institucionalidad y sus niveles de ejecución, por lo cual es de esperar que sean repuestas en el segundo trámite constitucional en el Senado.

Con todo, en relación a los principios y estándares enunciados en la primera parte, es posible afirmar que el principio del interés superior del niño quedó correctamente recogido en el articulado, estableciendo que debe entenderse como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los principios, derechos y garantías” y, además, se entregan buenos elementos para efectos de poder determinar en el caso concreto el interés superior, saliendo de la lógica tutelar que el proyecto original contenía.³¹

En relación al principio de igualdad y no discriminación, el proyecto reconoce de manera expresa que los niños y las niñas son sujetos de derecho y consagra normativamente el derecho a no ser discriminado, en los mismos términos previstos en la CDN, agregando además aquellas categorías sospechosas, como la identidad de género, la orientación sexual, la situación de discapacidad o la condición de migrante. Lo precedente está en sintonía con la recomendación del Comité cuando señaló la importancia de reforzar las políticas que combaten las “múltiples formas de discriminación de que son víctima las niñas, niños indígenas de ambos sexos y los niños con discapacidad de ambos sexos”.³²

En relación a la autonomía progresiva y el derecho a ser oído, quedaron expresamente reconocidos como principios fundantes de la ley marco, a pesar de que preocupa la incorporación, como principio, del derecho deber de los padres y madres a educar a sus hijos, porque puede desviar el foco de atención que tiene que ser puesto en quien resguarda más el interés superior de los niños y niñas y no necesariamente en las personas que los tienen bajo su cuidado. Es necesario considerar, especialmente,

31 También fue una recomendación formulada por el *Informe 2016*.

32 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile; párr. 25.

tal como las cifras lo indican, que el principal lugar de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes es el espacio intrafamiliar.³³

En atención a lo anterior, es posible afirmar que, al menos en el catálogo de derechos establecido en los títulos I y II del proyecto, se cumple con el estándar de prevención que obliga al Estado a “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.³⁴

Sin embargo, si no hay mecanismos que garanticen que esos derechos se puedan ejercer, es decir, si no existen definiciones básicas sobre protección administrativa y judicial, despliegue territorial de los órganos de la administración para que puedan otorgar servicios a través de los cuales se hacen efectivos los derechos, sencillamente la prevención no será posible de realizar.

En ese entendido, aún resta ver cómo seguirá la tramitación del proyecto y qué indicaciones incorporará el Ejecutivo en el Senado en aras de garantizar un sistema adecuado de protección de derechos de la infancia y adolescencia de forma universal y efectiva.

4.2.2. Proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez

Según lo indicado en el mensaje del proyecto, tal como lo reportó el informe despachado por la comisión de Gobierno y Descentralización del Senado³⁵ que discutió en general y en particular el mismo, el objeto de este proyecto es crear un órgano de colaboración directa con el del Ministerio de Desarrollo Social para la elaboración de políticas y planes; la coordinación de acciones, prestaciones y sistemas de gestión; la promoción de derechos, diseño y administración de instrumentos de prevención; estudios e investigaciones, y la elaboración de informes para organismos internacionales en las materias de niñez y adolescencia. Así, sus principales facultades serían:

- a. Constituirse como la secretaría técnica del nuevo “Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez”.
- b. Coordinar el subsistema “Chile Crece Contigo” y otros sistemas de gestión intersectorial.
- c. Colaborar en el diseño e implementación de instrumentos de

33 Lo cual es aún más evidente en materia de abuso sexual. Según datos de UNICEF, el 92% de estos abusos se produce al interior de las familias. Datos de Corporación Opción indican que el 50% de los agresores sexuales corresponde a padres biológicos, abuelos o familiares directos.

34 Corte IDH, (1988) *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 166.

35 Disponible en www.senado.cl

medición y seguimiento de carácter multidimensional de las condiciones de vida de los niños y niñas junto a la Subsecretaría de Evaluación Social.

- d. Realizar informes sobre el estado general de la niñez a nivel nacional.
- e. En particular, se le asigna al Ministerio de Desarrollo Social un rol de difusión, capacitación o sensibilización destinadas a la promoción y/o protección integral de los derechos de los niños y niñas.
- f. Promover el fortalecimiento de la participación de los niños y niñas.
- g. Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la elaboración de los informes periódicos que el Estado de Chile debe remitir al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

El proyecto original tenía, además, la particularidad de crear un consejo de niños y otro de la sociedad civil que abordaba de manera concreta la recomendación del Comité de los Derechos del Niño de 2015, en relación a “establecer estructuras oficiales que permitan participar en la elaboración, aplicación y supervisión de políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia” y garantizar el derecho de los niños a participar de manera directa de la administración pública.³⁶ Sin embargo, ello fue rechazado en el Senado, ya que los legisladores consideraron tales consejos como innecesarios.³⁷

Asimismo, durante la discusión legislativa en el Senado se incorporó a las facultades de la Subsecretaría la de promover el fortalecimiento de la participación de los niños en los diferentes ámbitos de su interés, “respetando el derecho preferente a ser orientados y educados por sus padres, siempre con respeto de sus derechos, considerando su edad y madurez”. Esto subordina el derecho a participar de los niños y niñas al derecho preferente de los padres a orientarlos y educarlos, lo cual desnaturaliza su objeto, ya que el derecho a participar no puede estar intermediado por la voluntad de los padres, porque ello implica no considerar el desarrollo progresivo de los niños y niñas para el ejercicio del derecho. Esta facultad pone en entredicho la promoción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

Por lo expuesto, es posible afirmar que el proyecto va en la línea con lo recomendado por el Comité en el 2015, en relación a crear una entidad responsable para hacer efectivos los derechos de los niños y

36 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, párr. 29.

37 Sesión de la comisión de Gobierno y Descentralización, celebrada en el mes de enero de 2017. En www.senado.cl

niñas.³⁸ Sin embargo, las atribuciones entregadas en el proyecto a esta nueva Subsecretaría son aún muy genéricas y amplias y no dejan entrever con claridad si el rol de prevención será cumplido por este órgano a cabalidad. Tampoco aclara, de ser el ente rector llamado a generar y articular las políticas sociales destinadas a la prevención, cómo será el despliegue territorial de la nueva Subsecretaría para hacer efectivo dicho rol.

4.2.3. Proyecto que crea la Defensoría de la Niñez

La presentación de este proyecto se enmarca en una larga demanda formulada por múltiples organizaciones de la sociedad civil y por recomendaciones del Comité, donde se estableció la necesidad de contar con una vigilancia independiente para el “respeto de los derechos de los niños y que sea capaz de recibir, investigar y tramitar las denuncias relacionadas con niños y presentadas por niños (sic) de una manera sensible a las necesidades de estos, de garantizar la privacidad y la protección de las víctimas”. También recomendó que el Estado asegurara la independencia de su funcionamiento en su mandato a fin de garantizar su conformidad con los Principios de París.³⁹

En virtud de lo expuesto en el Mensaje Presidencial, el proyecto en comento pretende crear la Defensoría de los Derechos de la Niñez, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y su objeto será la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños, reconocidos en la Constitución, las leyes y tratados internacionales, velando por su interés superior. Se entrega a la Defensoría atribuciones como: la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños; realizar recomendaciones específicas sobre las materias que se les planteen; emitir informes y recomendaciones a cualquier órgano del Estado; observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la administración del Estado, a personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños y a organizaciones que puedan afectar con sus acciones tales derechos, de acuerdo a un plan que se elabore para estos efectos; así como visitar centros de privación de libertad y centros residenciales de protección. En hipótesis acotadas, se le entrega la facultad de presentar querellas y, también, *amicus curiae* ante los Tribunales de Justicia. Además, la Defensoría deberá presentar anualmente un informe en el cual se consignen, entre otras, todas las actividades desarrolladas en el ejercicio de sus funciones y atribuciones; además de

38 Comité de los Derechos del Niño, *Op. cit.* párr.13.

39 *Ibid.* Cit. párr. 18.

una descripción del grado de cumplimiento por parte de los órganos del Estado de los requerimientos que se le formularon.⁴⁰

En este sentido, este proyecto tiene como propósito instaurar una institución nacional de derechos humanos especializada en niñez, que persigue constituirse en un ente contralor de las actuaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos. Por ello, como bien lo señala el Mensaje Presidencial que lo presenta, se trata de una “magistratura de persuasión” y no de un organismo que primordialmente tenga a su cargo la representación judicial general de niños y niñas.

Las instituciones nacionales de derechos humanos son órganos estatales con un mandato constitucional o legislativo de proteger y promover tales derechos. Son parte del Estado y, aunque no dependen de ninguno de sus poderes y actúan como puente entre los gobiernos y la sociedad civil, vinculan las responsabilidades del Estado con los derechos de los ciudadanos y conectan las leyes nacionales con los sistemas de derechos humanos del ámbito regional e internacional.⁴¹

La comunidad internacional en la Asamblea General de Naciones Unidas, de la cual nuestro país es parte, ha consensuado ciertos principios en los cuales se fundan las instituciones nacionales de derechos humanos, cuya principal función es supervigilar la actividad estatal en relación a la promoción, protección y defensa de los derechos humanos. Para ello, se adoptaron en 1993 los Principios de París, que establecen un piso mínimo en relación con:

- a. Independencia garantizada a través del instrumento que la crea, ya sea constitucional o legal.
- b. Autonomía del gobierno de turno.
- c. Pluralismo en los miembros que la componen.
- d. Mandato amplio basado en las normas universales de derechos humanos.
- e. Facultades para investigar.
- f. Contar con los recursos adecuados.

El proyecto en discusión cumple en general con estos principios básicos, sin perjuicio de que su despliegue territorial es bastante precario, lo que podría afectar al cumplimiento de su mandato. Además, las facultades que se le entregan para investigar son acotadas.

Resulta importante indicar que los Principios de París, en los cuales deben fundarse las instituciones nacionales de derechos humanos no establecen un modelo único ni deseable para conseguir sus objetivos.

40 Resumen del proyecto publicado en el portal del Senado con ocasión de la votación en Sala del proyecto. En: www.senado.cl

41 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”. Serie de Capacitación Profesional N°4. Nueva York, 2010, p. 15.

En América Latina el modelo más utilizado es el de *Ombudperson* o Defensorías del Pueblo. Con todo, es preciso señalar que el modelo de Defensoría temática es bastante anómalo a nivel mundial. Hubo una experiencia instaurada en España en 1996, en la Comunidad Autónoma de Madrid, que “asumía la defensa individual de los niños, niñas y adolescentes, y así su competencia también se extendía a la tramitación de expedientes y al seguimiento de proyectos legislativos (...) a la prestación de servicios a los menores, incluso por parte de los particulares a quienes supervisaba como órgano administrativo”.⁴² Sin embargo, fue suprimida en 2012, atendiendo a la necesidad de austeridad de gasto estatal y porque sus funciones estaban ya cubiertas por la Defensoría del Pueblo, entidad a la cual se le traspasaron algunas de sus funciones particulares.

El modelo elegido en este proyecto es único en la región –salvo el caso de Argentina, que en 2005 estableció uno similar–, pero dicho defensor, a la fecha, no ha sido nombrado por lo cual no es posible hacer una evaluación sobre su funcionamiento.

En relación a los estándares en materia de derechos humanos que hemos analizado a lo largo de este capítulo, la instauración de la Defensoría de la Niñez tiene que ver primordialmente con el rol de prevenir la violación de derechos humanos de niños y niñas, sin perjuicio de que se le entregan facultades acotadas para presentar querellas en casos de “interés público relevante”.

En cuanto a esta tarea de prevención, sus atribuciones fundamentales están constituidas por la posibilidad de incidencia en los órganos del Estado, pudiendo derivar peticiones de los niños, niñas y sus familias o adultos responsables a otros estamentos estatales y de realizar un informe anual sobre la situación de los derechos humanos de los niños y niñas (artículo 16).

En lo relativo a su rol de reparación o restitución de derechos, tiene la facultad de presentar *amicus curiae* en casos pertinentes (artículo 4), de visitar centros de privación de libertad de adolescentes y hogares de protección, y, como indicábamos precedentemente, de presentar acciones judiciales en casos acotados.

4.2.4. Proyectos que crean los nuevos servicios en reemplazo del Servicio Nacional de Menores

Como hemos venido indicando a lo largo de este capítulo, y en anteriores ediciones del *Informe*, la situación problemática en materia de derechos humanos de la niñez pasa por la carencia de una normativa integral y universal que atienda la situación particular de este grupo,

42 Ana María Moure, “Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile. Estudio Comparado”. *Revista de Derecho Público*, Vol. 78, 2013, p.190.

y también por la falta de adecuación de las políticas de protección especial de los niños y niñas que han sido gravemente vulnerados en sus derechos. Tales políticas deben ajustarse a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile a partir de la ratificación de la CDN y los demás pactos internacionales en materia de derechos humanos.

Con ese propósito, el Ejecutivo ha planteado la creación de dos nuevos servicios que reemplacen el actual Servicio Nacional de Menores, organismo que está absolutamente obsoleto y no cuenta con las herramientas jurídicas para abordar desde un enfoque de derechos humanos las distintas vulneraciones de las cuales son víctimas niños y niñas.

Para ello, como señalábamos al inicio de este capítulo, en abril de 2017, se presentaron el proyecto que crea el Servicio de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social; y el proyecto que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Dicha separación temática, es decir, que el área de protección quede alojada en el Ministerio de Desarrollo Social y la de responsabilidad penal juvenil en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, responde a un abordaje distinto requerido por cada una de dichas problemáticas, según lo ha expresado el Ejecutivo.⁴³

Dicho lo anterior, es importante destacar que el proyecto que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social tiene como respaldo la ley de responsabilidad penal adolescente, ya con 10 años de implementación, lo cual ha permitido que sea –en principio– un buen proyecto, ya que aborda las dificultades que ha tenido la ley de responsabilidad penal adolescente en los últimos años y propone buenos mecanismos que mejoran el tratamiento de los y las adolescentes infractores, especialmente al incorporar metodologías de justicia restaurativa que habían estado ausentes en el sistema.

Distinto es el escenario del proyecto que crea el Servicio de Protección Especializada, sin referentes normativos donde alojarse, y respecto del cual hay muchas dudas, especialmente porque el supuesto de intervención que se plantea es extremadamente acotado. Ello, porque define la protección especial como la “provisión de prestaciones dirigidas a restituir el ejercicio de los derechos vulnerados de niños y niñas debido a abuso, maltrato y trata, según lo definan las leyes respectivas; a explotación sexual y laboral infantil; a abandono cuando carezcan de cuidados maternos o paternos; y a atender

43 Es importante indicar que la población juvenil que infringe normas penales también ha sido víctima de una grave vulneración de sus derechos y por ello estimamos que su tratamiento no puede alejarse de una esfera proteccional, además de la responsabilización por los delitos cometidos.

los niños y niñas sujetos de adopción. La protección especializada estará también dirigida a la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos”.⁴⁴ Esto representa una concepción extremadamente restringida sobre el rol que le cabe al Estado en esta materia. Por una parte, porque reduce la acción estatal a “provisión de servicios”, cuando lo que se requiere en casos de vulneración grave de derechos es un conjunto de acciones coordinadas, dirigidas a la restitución de derechos. Y por otra, porque define a un sujeto de atención que no considera a aquellos niños y niñas que son testigos de violencia intrafamiliar, con conductas disruptivas producto de la negligencia de quienes los tienen a su cuidado o por consumo problemático de sustancias; situaciones que requieren un abordaje integral con los niños y niñas, sus familias y su comunidad. En definitiva, es una definición que no atiende a la amplia gama de vulneraciones de derechos, sino solo a una parte de ella, sin atender sistémicamente las situaciones a las que se ven expuestos los niños y niñas. Y a pesar de que los equipos técnicos del Ejecutivo en distintas exposiciones, tanto en espacios proporcionados por la sociedad civil⁴⁵ como a instancias del Congreso,⁴⁶ han indicado que habría otro proyecto que los aborda, a pocos meses de que asuma un nuevo gobierno y a tres de las elecciones parlamentarias –al cierre de esta edición–, el análisis debemos hacerlo a partir de los proyectos efectivamente presentados al poder legislativo. Estimamos, además, que la protección especial es más amplia que la recogida por el proyecto de ley en comento, que dice relación con lo previsto en el artículo 19 de la CDN. En virtud de una interpretación armónica de la CDN, es posible afirmar que la protección especial también incluye medidas efectivas para abordar la situación de niños y niñas excluidos del sistema escolar (artículo 28 de la CDN), el conflicto de quienes presentan consumo problemático de drogas (artículo 33 de la CDN) y las víctimas de violencia en el espacio familiar (artículo 36 de la CDN). Se trata de situaciones que requieren de una intervención especializada del Estado, a fin de que se interrumpa y se repare sistémicamente la vulneración.

Al cierre de esta edición, ambos proyectos se encuentran en su primer trámite constitucional. En el caso del Servicio de Protección Especializada, el proyecto se encuentra en la comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, en el mes de agosto se votó la idea de legislar y se encuentra a la espera de su votación en particular. En cuanto al Servicio de Reinserción, está en

44 Boletín 11.176 – 07. Artículo 2.

45 Conferencia en el CEP.

46 Exposición del ministro de Desarrollo Social Marcos Barraza en el Congreso al momento de presentar el paquete legislativo..

la comisión de Constitución del Senado, siendo discutido en general, con suma urgencia.

CONCLUSIONES

A partir de los principios, estándares y proyectos de ley que hemos revisado en el presente capítulo, es importante señalar, como conclusión general, que resulta muy preocupante que ad portas de finalizar el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet –quien a pocos días de asumir la presidencia creó una comisión asesora presidencial para abordar la situación institucional en materia de niñez– no se haya logrado concretar una reforma integral, profunda y radical de esa institucionalidad a 27 años de la ratificación de la CDN.

La gran deuda, en primer término, es con la totalidad de los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con una ley marco que les asegure un piso mínimo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Tampoco se han establecido garantías universales legales para el ejercicio de los derechos relativos a asegurar su derecho a la igualdad y no discriminación, la especial consideración a su interés superior y una garantía efectiva de que su opinión sea escuchada en aquellas materias que les involucra directamente, considerando su autonomía progresiva⁴⁷.

Si bien el proyecto de ley de garantías analizado instituye un buen e innovador catálogo de derechos, no establece con claridad su despliegue territorial y de qué manera, en la práctica, los órganos del Estado facilitarán el acceso y ejercicio de esos derechos a todos los niños, niñas y adolescentes. Es un proyecto que, si bien acoge de buena manera la obligación de prevenir la violación de derechos humanos de niños y niñas al reconocerlos expresamente, queda incompleto al no otorgar –por ahora– garantías efectivas para su ejercicio.

Situación similar se produce con el proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, ya que, en su redacción actual cuenta con facultades extremadamente genéricas para efectos de constituirse como un efectivo ente rector de la niñez que pueda generar, articular y ejecutar las políticas públicas relativas a niños, niñas y adolescentes, con enfoque de derechos humanos.

47 Sin perjuicio de que hay valiosos avances sectoriales, como en materia de educación, dados por la creación de la Subsecretaría de Educación Parvularia, mediante la promulgación, en 2015, de la Ley 20.835 y la entrada en vigencia de la Ley 20.845 sobre inclusión escolar, que entre sus medidas incorporó, en abril de 2017, una circular sobre derechos de niñas, niños y jóvenes trans en el ámbito de la educación, y las orientaciones para la inclusión de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

En segundo término, es posible afirmar que, aunque los diagnósticos sobre la crisis del Servicio Nacional de Menores y la protección especial que tiene a su cargo son ampliamente conocidos y compartidos, por todos los actores y por la opinión pública en general, no ha sido posible avanzar con prontitud y eficacia en una reforma estructural que cumpla con los estándares internacionales en la materia. El proyecto de ley que crea el servicio de protección especializada recién se presentó a comienzos de 2017, lo que dificulta de sobremanera su tramitación al tratarse de un año electoral y, por tanto, con plazos muy acotados para su avance legislativo. De hecho, al cierre de esta edición, aún no comienza la discusión del articulado. En consecuencia, iniciaremos un nuevo gobierno, en marzo de 2018, con problemáticas similares en materia de protección especial que las que teníamos hace más de 10 años, a pesar de todo lo que sabemos al respecto: con dos comisiones investigadoras en la Cámara de Diputados que dan cuenta de graves vulneraciones en el sistema administrado por Sename, con una larga lista de niños y niñas muertos al interior de los recintos residenciales, con millonarias deudas del Estado con sus organismos colaboradores, en definitiva, con políticas públicas fraccionadas y sin ninguna articulación entre ellas.⁴⁸ Se observa que los compromisos adquiridos con los niños y niñas, por distintos motivos, no logran materializarse.

En tercer lugar, en relación con el proyecto de ley que crea el Defensor de la Niñez, es posible concluir que la creación de una nueva institucionalidad en materia de derechos humanos especializada surge como parte de una larga demanda de la sociedad civil, a la luz de la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño, y el proyecto se funda en los postulados establecidos en los Principios de París. Su establecimiento dice relación con la obligación de garantizar los derechos de los niños y niñas, fijado por la Corte IDH desde su sentencia Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala, de 1999. Este proyecto tiene facultades acotadas para representar judicialmente a los niños y niñas y su énfasis está puesto principalmente en establecer una magistratura de persuasión con el objeto primordial de cambiar la interacción de los niños y niñas con los órganos del Estado, muy relevante en un país como Chile que ha tenido múltiples impedimentos para generar una institucionalidad acorde con las obligaciones convencionales contraídas con la comunidad internacional.

Con todo, el proyecto presentado apunta en el sentido contrario al seguido a nivel comparado, que ha tendido a fortalecer una sola institución nacional de derechos humanos, sin disgregarla.

48 Tal como los *Informes* 2014 y 2015 dieron cuenta en sus capítulos sobre infancia.

Estando en su segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados –y ya aprobada la idea de legislar en general, al cierre de esta edición– cabe indicar que es importante propiciar un debate más profundo respecto a qué institucionalidad desea establecer el país en materia de derechos humanos. Resulta fundamental que el tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se produzca desde la interdependencia, interrelación e interseccionalidad de los derechos humanos. Sin embargo, un modelo autónomo de institución nacional de derechos humanos podría diluir esa mirada holística que los derechos de la niñez requieren, especialmente, si no se asegura en este proyecto la coordinación entre las distintas instituciones de derechos humanos que se pretenden instaurar en el país.

RECOMENDACIONES

A partir de las materias que se han revisado a lo largo del presente capítulo, se recomienda:

1. En relación con el proyecto que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, instamos al Estado a:
 - Mantener el foco en los niños, niñas y adolescentes, y no incorporar de manera forzosa la protección del nonato en este proyecto, en relación a la norma que lo protege de la violencia y la no discriminación.
 - Reforzar la institucionalidad propuesta en el proyecto original, a fin de que el catálogo de derechos muy bien reconocido en sus títulos I y II se concrete a través del despliegue territorial.
 - Establecer, a lo menos, una definición de protección administrativa y judicial que luego permita que otros cuerpos normativos puedan abordarla, en su caso.
 - Aplicar las urgencias legislativas necesarias, a fin de que el proyecto se apruebe en este período legislativo, porque una ley marco de esta naturaleza, a 27 años de la ratificación de la CDN, no puede seguir esperando.
2. En lo relativo al proyecto de ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, se recomienda al Estado precisar las facultades que se le otorgan a este órgano, con la finalidad de que realmente pueda articular de manera concreta la generación y ejecución de las políticas universales en materia de niñez y, a lo menos, enunciar cómo será el despliegue territorial de las atribuciones con que se pretende dotar a esta nueva entidad. A su vez, que cuente con

las atribuciones legales necesarias para supervigilar el servicio de protección especial.

3. En relación al proyecto que establece la Defensoría de la Niñez, se insta al Estado a profundizar la discusión en materia de institucionalidad, a fin de que ella responda a las características propias de los derechos humanos, especialmente a su interdependencia e integralidad; y que la Defensoría pueda desarrollar su tarea desde ese enfoque, constituyéndose en un verdadero contralor en materia de derechos humanos de los niños y niñas respecto del actuar de todos los órganos del Estado.
4. En relación a los proyectos que crean los dos nuevos servicios, se recomienda al Estado:
 - Impetrar las urgencias legislativas en el Congreso, para que la tramitación de ellos avance con mayor celeridad.
 - Instar al Estado a que la hipótesis sobre la cual actúe la protección especial sea en base a la necesidad real que tienen los niños y niñas en materia de vulneración de derechos y, por lo tanto, se amplíe su definición y, además, indique con claridad cuál será el órgano llamado a determinar si existió o no una vulneración de derechos, ya que ese aspecto no está regulado en este proyecto.
 - Que ambos proyectos de ley contemplen ofertas programáticas flexibles a las necesidades de niños y niñas, pudiendo superar así las actuales dificultades burocráticas que impone el Servicio Nacional de Menores en la ejecución de sus distintos programas.