



CENTRO DE
POLÍTICAS
PÚBLICAS UC

Apuntes Legislativos

Observatorio de Iniciativas Legislativas



CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC

► Proyecto de Ley de Protección Integral de la infancia: ilusión de universalidad

Carolina Muñoz

Escuela de Trabajo Social

Análisis del proyecto de ley de Protección de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (Boletín N° 8911-18)

Julio 2013 > n° 20

Introducción

El Proyecto de Ley de Protección Integral para niños, niñas y adolescentes (en adelante PLPI) promete dar respuesta a una demanda internacional y nacional sobre el Estado de Chile por una institucionalidad de infancia respetuosa de los derechos del entero universo de la niñez y la adolescencia, compromiso pendiente desde que nuestro país adscribió a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) en 1990¹ y que impuso deberes relativos a la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella.

Un proyecto de ley de esta naturaleza supone superar una visión reduccionista de la acción pública sobre los niños y niñas chilenos, limitada a su estado de vulnerabilidad, reconociendo el carácter universal de la protección. Morlchetti (2013) ha subrayado que con la ratificación de la CDN los estados deben asegurar la efectividad de los derechos que esta reconoce, no solo absteniéndose de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino también realizando prestaciones positivas, para que el ejercicio de derechos sea efectivo, esto es garantizando activamente el acceso a los derechos, en particular la educación, la salud y la protección social para todos niños, niñas y adolescentes (NNA).

Atendiendo a este desafío en el presente documento se analiza el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República, considerando para ello la contribución que la sociedad civil, representada por organizaciones no gubernamentales y otros actores dedicados a los temas de infancia², ha venido desarrollando hace más de una década para dar cuerpo a la normativa de protección³, así como las recomendaciones establecidas por organismos internacionales⁴, y la propuesta de ley que el Senado hiciera al Presidente el año 2012⁵, para que Chile concrete este compromiso, pendiente hace más de veinte años.

Desafíos de una Ley de Protección Integral para la Infancia

El debate público en torno a la sanción de una PLPI ha girado en torno a tres temas centrales, los que pueden sintetizarse en el mandato de generar “una estructura legislativa y una institucionalidad pública acorde a los mandatos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño” (UNICEF, 2012: 5). Para ello el Estado chileno debe sancionar:

¹ Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

² Bloque por la Infancia que agrupa: Campaña Movilizándonos por una Cultura Integral de Derechos (380 organizaciones a lo largo del país); Red de ONG's de Infancia y Juventud-Chile ROIJ (36 Organizaciones No Gubernamentales); Asociación Chilena Pro Naciones Unidas ACHNU; Corporación de Servicios Poblacionales La Caleta; Corporación Programa de Atención a Niños y Jóvenes Chasqui; Fundación Marista por la Solidaridad Internacional FMSI; Corporación ONG Raíces; Corporación Colectivo Sin Fronteras; Universidad Central-Clinica Jurídica de Derechos de la Infancia Foro Chileno por los Derechos de la infancia (agrupa a Hogar de Cristo, Fundación Mi Casa, Corporación OPCIÓN, ONG Paicabí, Aldeas SOS); Fundación para la Confianza; La Protectora de la Infancia; Consejo de Defensa del NIÑO-CODEN.

³ Ver: “El Bloque por la Infancia y la división del SENAME”. Bloque por la Infancia, 22 de Agosto de 2012.

⁴ Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observaciones Generales. *Serie reflexiones Infancia y adolescencia*, N° 13 (UNICEF, 2012).

⁵ Proyecto de Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Iniciativa de los senadores Camilo Escalona, Soledad Alvear, Patricio Walker y Juan Pablo Letelier. Moción parlamentaria ingresada el 12 de diciembre de 2012.

1. Una ley que consagre los derechos a favor de la infancia y de la adolescencia y las garantías universales y especiales que los hagan efectivos

Existe un acuerdo general sobre el fundamento que debe guiar una ley de esta naturaleza, este es el de la protección de las personas en estado de desarrollo, diferenciándose del fundamento de la vulnerabilidad que “se centra en suplir, por vía de decisiones de la autoridad o de entrega de poderes, las carencias de los NNA, sobre la base de un poder tutelar y de asistencialismo” (Cillero, 2012: 13). Contrariamente, el fundamento de la protección de las personas en desarrollo supone reconocer en los NNA una autonomía progresiva que los dota de exigibilidad de derechos y les ofrece mecanismos efectivos y de acceso universal que dan garantía de esa exigibilidad. La protección integral de la niñez usa como marco la CDN que combina en un solo tratado los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos como interdependientes y complementarios (Morlachetti, 2013).

Hasta ahora la normativa chilena ha estado restringida a la protección especial, asegurando ciertas garantías para aquellos NNA que han visto vulnerados sus derechos, sin embargo, no se contemplan garantías universales a los NNA que hagan exigibles sus derechos frente a los actores con que se vinculan (autoridad, familia, privados, entre otros). En este sentido, Cillero (2012) plantea como exigencia de un PLPI, la inclusión de un amplio marco de derechos y garantías universales que establezca obligaciones legales de prestaciones de servicios a favor de la infancia en una relación de ciudadanos con el aparato administrativo.

Los principios sustentados en este catálogo de derechos que rigen la protección universal de acuerdo a la CDN son la no discriminación, el desarrollo y supervivencia, el interés superior del niño y la participación. Bajo el marco de estos principios un PLPI debe establecer un Sistema de Protección Integral que permita descentralización, fortalecimiento familiar, diseño de políticas de infancia y la promulgación de leyes destinadas a maximizar estos principios (Espejo, 2012). Lo anterior supone el diseño de mecanismos de supervisión y amparo que den garantías y que su existencia esté prevista con autonomía presupuestaria.

En lo que respecta a la protección especial, existe coincidencia en la necesidad de resguardar la especialización para restituir derechos y reparar graves vulneraciones que sufran los niños, niñas y adolescentes, pero al mismo tiempo asegurar que a todos ellos se les garanticen sus derechos y que, por lo tanto, todos ellos son “universales”. Con este resguardo se quiere evitar que el traslado del Servicio Nacional de Menores (SENAME) al Ministerio de Desarrollo Social conduzca una comprensión equivocada sobre el cumplimiento estatal de la protección universal. Respecto de las funciones del servicio de protección de derechos, estas deben ser el diseño y supervisión de la ejecución de servicios focalizados para graves vulneraciones de derechos y la implementación de acciones especializadas de prevención.

Sobre la infracción de la ley adolescente, se espera que se reconozca la vinculación entre el fenómeno de los jóvenes en conflicto con la justicia y la protección universal tanto como la especial. En esta línea, la división del SENAME en dos servicios de protección y de responsabilización, debe resguardar el principio de la integralidad, ya que los jóvenes infractores de ley son también sujetos de derecho de protección y arrastran historias de vulneraciones. Existe coincidencia en que dar centralidad a la universalidad de derechos y en este sentido al fundamento de la protección, en lugar del fundamento de la vulnerabilidad, supone la derogación de la Ley de Menores N° 16.618 de 1967.

Si exponemos el proyecto de ley al escrutinio de las demandas recién señaladas, podemos reconocer un avance en materia de política pública de infancia y una respuesta inicial a la demanda sostenida y consistente de la sociedad civil, organismos internacionales y legisladores. No obstante este paso, el proyecto en cuestión busca sólo adecuar la actual legislación a la CDN, esfuerzo que no parece suficiente para superar el sistema tutelar de asistencia a la infancia y adolescencia. La radicalidad necesaria para asegurar no solo el fortalecimiento del reconocimiento de derechos sino el efectivo ejercicio de derechos, supone en primer lugar hablar explícitamente de derechos universales. El legado de la irregularidad social es reconocido en el PLPI

como un desafío de transformación que la normativa trata de contrarrestar; sin embargo, el énfasis en la universalidad y la comprensión del concepto de ciudadanía de los NNA como sujetos de derechos con autonomía progresiva quedan minimizados, en un lenguaje que nunca ocupa a lo largo del texto el concepto de universalidad.

El proyecto de ley tampoco considera la derogación de la Ley de Menores. Ambas omisiones resultan limitaciones de envergadura, considerando que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado insistentemente la necesidad de reformar dicha ley con el fin de contar con una legislación que asegure una protección integral a todos los niños y niñas. El déficit de un lenguaje explícito respecto a la universalidad y de un mandato sobre la derogación del fundamento legal de la tutelaridad, reproduce una vez más la lógica de un “gatopardismo” que ha prevalecido en Chile en esta materia, donde a pesar de promulgarse legislaciones que tienden a ajustarse a la CDN (tales como la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la Ley 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente; y la Ley 20.379 que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social y Chile Crece Contigo), solo se han abordado “desde una perspectiva que no permite un reconocimiento universal de derechos, toda vez que no abandona los aspectos clásicos de un Estado tutelar” (Morlchetti, 2013: 22).

Una tercera debilidad del proyecto radica en una visión restringida sobre el deber del Estado con los adolescentes que han entrado en conflicto con la justicia. Si bien el texto acoge la recomendación del Comité de Derechos del Niño, avanzando hacia una “distinción clara en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley”⁶, lo que no recoge adecuadamente es la responsabilidad de protección que el Estado tiene sobre estos mismos adolescentes, obviando el señalamiento de vías de articulación entre los sistemas de protección y sanción. De esta forma, el proyecto da cuenta de un énfasis punitivo en el tratamiento de esta población, que aparece catalogada más bien como delincuente y no como sujeto de derechos en proceso de desarrollo. Este punto ya fue advertido en un trabajo anterior del Centro de Políticas Públicas UC⁷ de análisis del proyecto de ley que suprime el actual Servicio Nacional de Menores y crea dos nuevos servicios: el Servicio Nacional para la Protección de la Infancia y Adolescencia y el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente, donde se señaló que se distingue un énfasis en la ejecución de medidas de responsabilización de acuerdo a la Ley 20.084, en desmedro de la reinserción social.

Por último, en lo referido a la protección especial, existe una tensión manifiesta en el reconocimiento de derechos universales, para lo cual se disponen en el PLPI de precarios mecanismos para asegurar que las políticas universales velen por el resguardo de los derechos de los NNA, y un entendimiento del rol público reducido a la atención de niños y niñas vulnerados en sus derechos. Lo primero supone revisar las actuales políticas de salud, educación, trabajo, vivienda y urbanismo, y otras bajo el código del resguardo universal de derechos de los NNA. Lo segundo, supone reconocer que los NNA que han sido vulnerados en sus derechos son titulares de una acción reparatoria, no por su calidad de vulnerados, sino por su calidad de sujeto de derecho. Es este primer cambio conceptual el que abre la ventana a la superación de la visión de irregularidad. Proveer los servicios que por derecho los NNA reclaman, exige altos niveles de especialización. El proyecto de ley no menciona ni resguarda mecanismos de financiamiento para su implementación, lo que es estar en fojas cero.

⁶ Comité de Derechos del Niño. Recomendaciones a Chile. 2007. Párrafos 7 y 8.

⁷ Apuntes Legislativos N° 17. Octubre, 2012.

2. Una ley que entregue un marco a la necesaria articulación intersectorial y territorial

El PLPI debe prever la articulación intersectorial y territorial de modo de resguardar los principios nucleares de la CDN, ya señalados. Para ello se requiere un set de cuerpos legales, mecanismos y autoridades a nivel nacional, regional y local que aseguren la protección de derechos incluyendo los mecanismos de relación entre instituciones privadas y públicas, y que además describa la relación entre el estado y las organizaciones de la sociedad civil. En la región Latinoamericana y El Caribe la mayoría de las legislaciones contemplan sistemas de protección descentralizados, delegando parte de la responsabilidad política, técnica y administrativa a departamentos regionales y municipales (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela) (Morlchetti, 2013). Este punto requiere especial consideración en la iniciativa que se discute, considerando los altos niveles de centralización del país, y la escasa diferenciación en los procesos de toma de decisión que se producen a lo largo de éste.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la aplicación efectiva de la CDN exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos de la niñez en toda la administración pública, y entre la administración y la sociedad civil, incluidos especialmente los propios niños, niñas y adolescentes, y que es necesaria una vigilancia rigurosa de la aplicación que debería incorporarse al proceso de gobierno a todos los niveles. Para ello es importante la participación activa y genuina de la sociedad civil, y el fomento de mecanismos de formulación, monitoreo y fiscalización de las políticas y prácticas que impactan en los derechos de la niñez⁸.

Sumado a lo anterior, un PLPI del entero universo de la niñez y la adolescencia debe establecer una clara relación y coordinación con otros sistemas, tales como salud, educación y protección social, cuyos programas se sobrepone. Este es un tema de potencial dificultad, ya que la experiencia en los países de la región (Morlchetti, 2013) ha demostrado que los sistemas de protección integral enfrentan la dificultad del aislamiento en relación a la planificación de las políticas públicas, focalizando solo en el riesgo o en el conflicto con la ley, esto aunque las legislaciones se refieran a la institución de un Sistema de Protección Integral, ya que se mantiene una función de vigilancia. Razones de estas limitaciones se han encontrado en la asignación inadecuada de recursos y la falta de apoyo y voluntad política, además de la ausencia de mecanismos de monitoreo para medir o comparar los niveles de eficiencia y efectividad entre los distintos sistemas de protección en la región.

El proyecto de ley que analizamos carece de un resguardo apropiado de mecanismos de participación y de un aseguramiento de niveles de descentralización. Esto ocurre porque en primer lugar el proyecto de ley asigna al Consejo Nacional Consultivo sólo un rol propositivo y bajo ningún punto de vista vinculante, minimizando con ello su incidencia. En segundo lugar, no recoge la recomendación del Comité de los Derechos del Niño de establecer una relación directa con los NNA, justamente hace lo que el comité no recomienda: una relación por conducto, en este caso a través del Consejo Consultivo. El resultado es un sistema de protección que no se funda en el principio rector de la participación popular paritaria por medio de representantes de la sociedad civil, anulando espacios deliberativos para la elaboración de políticas y la fiscalización de su ejecución, que se soporten en una presencia en pie de igualdad con los organismos de gobierno. Por último, no contempla una estrategia de descentralización a través de Consejos regionales y/o locales, y la selección de los miembros del Consejo Nacional no contempla mecanismos que velen por esa representación.

⁸ Observaciones Generales del Comité para los Derechos del Niño, 2003. Observación General N° 5, párrafo 27.

3. Una ley que ofrezca un resguardo extraordinario a los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Por último, un acuerdo general de los actores en el debate público es la existencia de una institucionalidad que ofrezca un espacio de investigaciones, denuncias, intermediaciones ante los poderes y órganos del Estado, brindada por un defensor de la niñez. Esta figura, conocida como *Ombudsperson* es un organismo público independiente del Gobierno que, en el caso de Chile, no existe, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que todos los Estados necesitan una institución de derechos humanos independiente, encargada de promover y proteger los derechos del niño. Se ha relevado además el rol esencial que cumplen los Defensores del Niño en el seguimiento, promoción y protección de sus derechos, lo que ha alentado a los Estados partes signatarios de la Convención a fomentar la creación de instituciones independientes para la defensa de dichos derechos⁹. El proyecto de ley presentado por el Senado también destaca la existencia de una institución autónoma denominada Defensor de los Niños y Adolescentes, que tendrá como misión salvaguardar y promover los derechos de las personas menores de edad, de conformidad con las competencias y en la forma que le encomiende la ley.

El PLPI que estudiamos hace caso omiso de estas recomendaciones y no considera la creación de la figura de un defensor ocupado del resguardo de la totalidad de derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Este es un punto que no aparece ni siquiera mencionado en el proyecto de ley.

Mínimos para evitar la sola ilusión de universalidad

Como ya se ha afirmaba, este proyecto es una respuesta a la demanda sostenida y consistente de la sociedad civil, organismos internacionales y legisladores, sin embargo, constituye una respuesta pobre a estas demandas. Su pobreza se expresa en la continuidad de una visión que enfatiza la responsabilidad del Estado solo por las necesidades de NNA vulnerables, extrañándose una clara disposición a reconocer el carácter universal y exigible de los derechos de los cuales esta población es titular. Sumado a lo anterior está la ausencia de un mecanismo de financiamiento permanente que asegure la viabilidad del proyecto. En tercer lugar, el proyecto no puede ser considerado completo mientras no proponga derogar la vigente Ley de Menores.

Adicionalmente, sabemos que para asegurar la integralidad, la descentralización y la intersectorialidad deben resguardarse a ultranza, sin embargo en el proyecto de ley no se establece un escenario donde se traslade parte de la responsabilidad política y técnica para la elaboración de la política pública de infancia y adolescencia, su ejecución y fiscalización a los ámbitos regionales, departamentales y municipales. Tampoco establece Consejos que contribuyan a la implementación de la ley, sino que el proyecto habla de un Consejo que es más bien un organismo de carácter consultivo sin potestades vinculantes de incidir en las instituciones responsables de las políticas. Por último, este proyecto no incorpora la institucionalidad de un Defensor.

⁹ Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, 2002. Observación General N° 2.

Derivado de lo anterior, se deducen recomendaciones que parecen obvias en el relato previo de los actores vinculados a la infancia y que han reclamado este proyecto de ley:

- Incorporar al texto el lenguaje claro y explícito de los derechos universales de los NNA. Esto reduce inmediatamente el énfasis en la vulnerabilidad, y resguarda del legado de la irregularidad social. Paralelo a esto, se debe derogar la Ley de Menores.
- Asegurar una institucionalidad de entes suficientemente facultados, con poder político y con presupuesto público que de manera efectiva y plena garanticen los derechos de los NNA. Aquí cabe la conformación de un consejo (s) amplio, descentralizado y con representación directa de NNA y la institución de un Defensor.

Referencias

Cillero, M., 2012. Primer Debate: Perspectivas y desafíos de una Ley de Protección Integral de los Derechos de la Infancia en Chile. *En: Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile. (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Serie reflexiones Infancia y adolescencia*, 13, 8-29. Santiago de Chile: UNICEF.

Espejo, N., 2012. Primer Debate: Perspectivas y desafíos de una Ley de Protección Integral de los Derechos de la Infancia en Chile. *En: Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile. (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Serie reflexiones Infancia y adolescencia*, 13, 8-29. Santiago de Chile: UNICEF.

Morlachetti, A., 2013. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. CEPAL, UNICEF.

UNICEF, 2012. Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile. (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). *Serie reflexiones Infancia y adolescencia*, 13. Santiago de Chile: UNICEF.

Principales contenidos del proyecto de ley

- El proyecto tiene como objeto promover y proteger integralmente los derechos de NNA y su ejercicio, de acuerdo a la legislación vigente y los compromisos internacionales que haya adquirido Chile en la materia.
- Reconoce que NNA son sujetos de derecho, se reconoce su autonomía progresiva para ejercerlos de acuerdo a su edad y nivel de madurez.
- Se consagran como derechos a los cuales se les otorgará protección los siguientes: derecho a la vida y a la integralidad física y psíquica, a ser cuidados por la familia de origen y/o a tener una relación directa y regular con los padres; a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta de acuerdo a su edad y madurez; a la libre expresión; a la libre asociación; a la convivencia familiar; a la salud y a la educación; a no ser discriminado; al descanso y esparcimiento; a su protección contra todas las formas de explotación o abusos sexuales; a la recuperación física, psicológica y a la reintegración social.
- Se consagra el interés superior del niño, dando cuenta que debe ser considerado en toda decisión que lo afecte y que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.
- Se establecen como principios generales la no discriminación arbitraria; la integralidad, participación, desarrollo y calidad de vida, rol prioritario de la familia en el cuidado de los NNA, desarrollo integral y reintegración social; a considerarse en cualquier decisión relativa a NNA.
- Crea una Política Nacional de los niños a presentar al Comité Interministerial del Ministerio de Desarrollo Social y al Presidente de la República, con el objetivo de generar acciones que tiendan a la realización de los derechos de los niños.
- Se crea un Sistema Nacional de Protección de NNA para la gestión intersectorial de protección integral de sus derechos, sistema que considerará la participación de todos los organismos y servicios públicos relacionados con la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de los niños.
- Se establecen procedimientos administrativos para la protección de los derechos de los niños.
- Se crea un Consejo Consultivo para los niños, como instancia de participación de la Sociedad Civil en las materias relativas a la infancia y adolescencia, con objetivo proponer al Presidente de la República los derechos de los niños y prevenir situaciones que los afecten.
- Los órganos de administración del Estado y las Municipalidades deberán rendir cuentas de las medidas y formas que hayan adoptado para el cumplimiento de esta ley.