

AGENDA PÚBLICA EN MATERIA DE INFANCIA: ¿EL ESTADO POR SOBRE LOS PADRES?

- El presente documento da cuenta de la activa agenda institucional, normativa y programática en materia de Infancia que está desarrollando este Gobierno.
- Una de las principales preocupaciones radica en el rol central que su “ley marco” le otorga al Estado, la cual altera la relación de los menores con su familia, e incluso, la relación institucional vigente entre el Poder Judicial y el Ejecutivo en esta materia.

El 14 de marzo de 2014, sólo tres días después de haber asumido en el gobierno, la Presidenta Bachelet creó el Consejo Nacional de la Infancia, el cual de acuerdo a lo señalado en su programa, tendría la misión principal de crear un Sistema de Protección Integral de Garantías de los derechos de los menores de 18 años. Este Consejo es una instancia interministerial, presidida por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y en la cual participan los ministros de Hacienda, Desarrollo Social, Educación, Justicia, Trabajo y Previsión Social, Salud, Servicio Nacional de la Mujer y Cultura. La Secretaría Ejecutiva está en manos de María Estela Ortiz.

Al Consejo se le asignó el objetivo específico de traducir su misión en un marco jurídico de garantías y un sistema de políticas de largo plazo. Así, hace cerca de un mes atrás, se presentó oficialmente la Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015 – 2025 (PNNA)ⁱ. En ella, se busca consagrar a los niños como sujetos de plenos derechos a través de un conjunto de políticas, instituciones y normas. Si bien esta nueva PNNA (tercera desde la ratificación en 1990 de la Convención de los Derechos del Niño) se materializaría en una serie de elementos programáticos y normativos, en concreto, su consagración legal es el proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñezⁱⁱ cuyos principales aspectos críticos pasamos a describir a continuación.

SISTEMA DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ: EL PROYECTO DE LEY Y SUS RIESGOS

El proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez está configurado para instalar una ley de garantías, que pretende incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un conjunto de políticas, instituciones y normas con el fin de entregar “protección integral y el ejercicio de los derechos” de todos los menores de 18 años. Para alcanzar su objetivo, fomenta la acción coordinada de las diversas instituciones públicas que se relacionan con materias de infancia. Para ello existirá un Comité Interministerial, que ejercerá la rectoría a través de la nueva Subsecretaría de la Niñez, en el Ministerio de Desarrollo Social. De este modo, la institucionalidad especializada en niñez en nuestro país, hoy representada en el Servicio Nacional de Menores (SENAME), se elevaría de servicio a subsecretaría, a diferencia de otros organismos dependientes del MDS y dedicados a grupos de la población determinados, tales como el Instituto Nacional de la Juventud (INJUV), el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), el Servicio Nacional de Menores (SENAMA), entre otros.

- **El Estado por sobre los padres**

En lo central, este proyecto se inspira supuestamente en la idea de adecuar nuestro marco normativo a los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ratificada por Chile. Sin embargo, **la normativa propuesta va mucho más allá respecto al rol que el Estado debe ejercer en materia de infancia** según este convenio. De hecho, el supuesto central del proyecto de ley es que la preocupación del Estado por los menores debe materializarse en acciones **públicas** permanentes sobre **toda** la población infantil. Lo anterior se contrapone a la visión de que el Estado debiese centrar su rol en la protección de la familia, y en proteger el derecho preferente de los padres de criar a sus hijos, y sólo tomar acciones cuando los menores puedan ver vulnerada su posibilidad de desarrollarse con sus padres o en una familia de acogida.

Cabe destacar que la CDN sí limita la acción del Estado en el sentido señalado previamente. Por ejemplo, en su Artículo 3° N° 2ⁱⁱⁱ, se establece que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, pero a la vez, esa protección y cuidado tiene como límite, que se hará teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

El artículo 9° N° 1 de la CDN^{iv}, señala que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño, ratificando con ello que los principales responsables del cuidado de los niños son sus padres.

Relacionado con lo anterior, y supuestamente inspirado en la CDN, el proyecto de ley consagra el principio de “autonomía progresiva”, entendido como la posibilidad de los menores de adquirir un mayor grado de autonomía en el ejercicio de sus derechos en la medida que van creciendo:

“Artículo 7°. Autonomía progresiva. Todo niño o niña, en conformidad a la ley, podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia a la evolución de sus facultades, su edad y madurez.

Los padres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente bajo su cuidado deberán prestarles orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos.

Las limitaciones a la capacidad de los niños para ejercer sus derechos se entenderán siempre de manera restrictiva y deberán establecerse por ley”.

Esto implica que en el proyecto de ley no se establece el carácter primordial respecto de la obligación que tienen los padres en torno a la orientación que deben darle a sus hijos, conforme la evolución de sus facultades, su edad y madurez. Simplemente, el artículo se limita a decir que los padres deberán prestarles orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos.

Por su parte, si bien la CDN reconoce el principio de autonomía progresiva, al mismo tiempo impone a los Estados Partes la obligación de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres y, que son ellos los encargados principales de orientar al menor conforme al desarrollo de sus facultades, no el Estado^v. Es más, la propia Convención ratifica en su artículo 14° N° 2^{vi} el respeto que deben dar los Estados Partes a los padres en torno a la orientación que deben darle a sus hijos.

El principio de autonomía progresiva no puede ser separado de otro derecho que tienen los padres ratificado por la propia Convención, y que a la vez constituye otro límite a la intervención del Estado, que es la responsabilidad primordial que tienen los padres o, en su caso, los representantes legales en la crianza y el desarrollo del niño^{vii}. Los Estados Partes de la CDN deben reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social^{viii},

pero al mismo tiempo, la Convención señala que es a los padres a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño^{ix}.

Otro ejemplo en el cual el proyecto de ley altera la relación menor/familia/Estado es al referirse a la vida privada de los menores de 18 años. El artículo 21° del proyecto señala que *“Todo niño o niña tiene derecho a desarrollar su vida privada, a gozar de intimidad y a mantener comunicaciones sin **injerencias arbitrarias** o ilegales. Los padres o quienes tengan legalmente a su cargo el cuidado de los niños o niñas, así como las autoridades deben respetar este derecho, promover y orientar su ejercicio, y protegerlos de cualquier quebrantamiento ilícito de su intimidad”*. Con ello, se deja espacio para que en caso que, por ejemplo, un padre supervise la actividad en internet de su hijo, se esté violando el derecho a la vida privada del menor, y el Estado pueda intervenir. Nuevamente el rol de los padres queda supeditado a una potencial acción del Estado.

En lo que respecta a la intervención del Estado y la elaboración de políticas públicas para la aplicación de la CDN, ésta última es clara en señalar que las políticas públicas deben ir dirigidas hacia a los padres para un mejoramiento en el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza de los niños^x. Tanto es así que los Estados Partes, con arreglo a sus medios, deberán adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho^{xi}. Esto dista mucho de lo consagrado en el proyecto de ley en discusión.

Podemos decir entonces que bajo la mirada de esta nueva política hay un cambio sustantivo, conforme al cual los niños son bienes públicos y no privados, y sujetos a desarrollarse bajo el apoyo y acervo cultural de sus padres en tanto ello no sobrepase el marco de las leyes y buenas costumbres.

- **Reducción de competencias de los tribunales de justicia, frente a las actuaciones de la administración central del Estado.**

El protagonismo que el proyecto de ley de garantías le entrega al Estado es de tal magnitud que no sólo los padres, sino que también el Poder Judicial ve disminuida sus atribuciones frente a aquellas que se entregan al Ministerio de Desarrollo Social. Es así como el mensaje del proyecto de ley señala que corresponderá a la

Administración del Estado la adopción y ejecución de las medidas de protección de derechos, inmiscuyéndose en áreas que hasta ahora estaban reservadas a los tribunales. Dicha situación es refrendada en el texto del proyecto de ley al establecer que la autoridad administrativa podrá excepcionalmente resolver la separación del niño de sus padres y/o entorno familiar, cuando concurren determinadas circunstancias que la propia administración debe considerar.

Por tanto, podría darse el caso que la Administración frente a un incumplimiento de una determinada actuación o acción, exigida por ella misma para dar un supuesto cumplimiento a lo dispuesto en la ley de garantías, determine de mutuo propio la realización de medidas administrativas de protección de derechos o cautelares establecidas en la ley, entre las cuales se incluye la posibilidad de separar a los hijos de los padres de manera temporal, sin consulta previa a ningún órgano autónomo, independiente o jurisdiccional^{xii}, aun cuando existen instancias posteriores en las cuales los tribunales deberán revisar dicha decisión.

Durante la discusión en el Congreso que recién comienza, estas materias han suscitado un arduo debate, debiendo ser modificadas en algunos aspectos de manera aún no definitiva, pero manteniendo vigentes las medidas administrativas de protección de derechos. La propia Corte Suprema al ser consultada sobre este proyecto, fue muy crítica en lo que respecta a la disminución de facultades que tienen los tribunales, señalando que el establecimiento de medidas intrusivas en los derechos de los padres, debiera analizarse con especial atención si se tiene en cuenta que se radica en el mismo ente a cargo de su provisión –asumiendo al Ejecutivo como uno solo- en razón de que tales disposiciones no sólo exigen la ponderación de derechos y necesidades de afectación propias del ámbito judicial, sino también hacen aconsejable la separación de roles para fomentar la fiscalización de su cumplimiento efectivo^{xiii}.

OTROS COMPONENTES PROGRAMÁTICOS Y NORMATIVOS DE LA PNNA 2015 - 2025

Tal como señalamos anteriormente, la PNNA recientemente publicada comprende no sólo el proyecto de ley detallado, pues este sólo constituye su marco normativo y que esboza la arquitectura del Sistema. Adicionalmente, existen una serie de elementos no sólo regulatorios, sino también programáticos que o bien ya están en discusión o serían incorporados en el corto/mediano plazo.

Respecto a los aspectos normativos, además del proyecto de ley mencionado, ya fueron ingresados dos proyectos adicionales: aquél que crea la Subsecretaría de la Niñez^{xiv} y el que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez^{xv}. Ambos corresponden a la materialización de distintos aspectos enunciados en el proyecto de ley marco. La Subsecretaría de la Niñez institucionaliza en el Ministerio de Desarrollo Social la coordinación, gestión y articulación del Sistema. Por su parte, la Defensoría sería la institución encargada de la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños. Además de un Defensor (en cuyo nombramiento participará el Instituto Nacional de Derechos Humanos), contaría con un Consejo Consultivo en el cual habrían representantes de los niños, sociedad civil y académicos. Sería una institución autónoma, pero los actos que requieran decreto supremo se dictarían a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

La PNNA detalla una serie de cuerpos normativos adicionales que permitirán la implementación práctica del Sistema de Protección Integral de Garantías de la Infancia. De hecho, el proyecto de ley del Sistema señala que la PNNA será implementada a través de un “Plan de Acción” que detalle, al menos, programas a ser implementados, sus metas, responsables, plazos e indicadores de evaluación. Éste, al igual que la PNNA, deberá ser aprobado mediante decreto supremo. A su vez, la PNNA detalla el resto de la agenda legislativa que sería ingresada para otorgarle sustento legal. De acuerdo a lo señalado en la PNNA, en ella se incluiría: la derogación de la Ley de Menores N° 16.618, una futura reforma a la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, un proyecto de ley que modificaría el sistema de transferencias financieras a las instituciones que prestan servicios en el ámbito de la protección especial de derechos, mediante reforma a la Ley N° 20.032, la creación de un nuevo Servicio Especializado de Responsabilidad Penal Adolescente que dependería del Ministerio de Justicia, y la creación del Servicio Nacional de Protección, para la atención de aquellos menores vulnerados en sus derechos que estaría radicado en el Ministerio de Desarrollo Social. Estas dos últimas modificaciones buscarían reemplazar al SENAME por un nuevo diseño institucional de la infancia en nuestro país.

En relación con los aspectos programáticos, la PNNA señala que profundizará el programa Chile Crece Contigo (extendiéndolo desde los 4 a los 9 años y agregando un componente educacional al actual componente de salud), fortalecerá los sistemas de protección especializada para niños vulnerados en sus derechos (controlando organismos públicos y privados que se dedican a este fin, de hecho probablemente la modificación a la ley N°20.032 antes mencionada buscará este

objetivo) y prestará especial atención a los mecanismos judiciales dedicados a menores, adecuando los procesos a ellos (lo cual se relacionaría con la reforma esperada a la Ley de Tribunales de Familia).

CONCLUSIÓN

El presente documento da cuenta de la activa agenda institucional, normativa y programática en materia de Infancia que está desarrollando este Gobierno. Llama la atención que, dada su envergadura, sus potenciales consecuencias presupuestarias para el Fisco no sean del todo relevantes.

Una de las principales preocupaciones radica en el rol central que su “ley marco” (Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez) le otorga al Estado. El proyecto de ley altera la relación de los menores con su familia (lo cual no se condice con lo señalado por la Convención que el mismo cuerpo legal pretende consagrar), e incluso la relación institucional vigente entre el Poder Judicial y el Ejecutivo en esta materia.

Teniendo en consideración lo anterior, debemos señalar que, como regla general, corresponde a los padres el cuidado, educación y crianza de los hijos. La acción del Estado en esta materia debiese ser absolutamente limitada, pudiendo sólo intervenir en caso de que ni los padres, ni la familia en sentido amplio y ni la comunidad en general puedan solucionar el problema de la crianza de los menores y siempre velando por el interés superior del hijo.

La actuación del Estado, por medio de los Tribunales o de la misma Administración, en materia de menores es una cuestión excepcional. Y no sólo por razones filosóficas, sino también porque la intervención estatal será siempre la intervención de un tercero ajeno al problema, la que dejará tras de sí una estela de heridas no sólo en el menor, sino en la familia completa.

ⁱ Disponible en http://www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-2015-2025_versionweb.pdf

ⁱⁱ Boletín N°10.315-18, ingresado en septiembre del año pasado, actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados.

ⁱⁱⁱ Artículo 3° N° 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

^{iv} Artículo 9° N° 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los

procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

^v Artículo 5°. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

^{vi} Artículo 14° N° 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

^{vii} Artículo 18° N° 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

^{viii} Artículo 27 N° 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

^{ix} Artículo 27° N° 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

^x Artículo 18° N° 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

^{xi} Artículo 27° N° 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

^{xii} Artículo 36°, inciso cuarto, señala "La autoridad administrativa podrá, excepcionalmente, como medida cautelar, resolver fundadamente la separación del niño de sus padres, de las personas que lo tienen bajo su cuidado y/o de su entorno familiar cuando, de no adoptarse tal medida, la vida o integridad del niño corriere grave riesgo. En este supuesto, la autoridad administrativa deberá enviar de inmediato todos los antecedentes al tribunal con competencia en materias de familia. El tribunal deberá resolver en primera audiencia, adoptando alguna de las medidas cautelares especiales contempladas en el artículo 71 de la Ley 19.968."

^{xiii} Oficio 123-2015 de la Corte Suprema de Justicia a la Cámara de Diputados, en relación al boletín, 10.315-18.

^{xiv} Boletín N° 10.314-06, ingresado en Septiembre del año pasado, actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado.

^{xv} Boletín N° 10.584-07, ingresado en Marzo de este año, actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.