



OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY DE SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ (BOLETÍN N° 10315-18)

Denisse Araya Castelli
Directora Ejecutiva Corporación ONG Raíces

La Corporación Organización de Desarrollo no Gubernamental Raíces viene, desde el año 1991, interviniendo en una línea de trabajo formativo en sectores populares con niñas, niños, jóvenes, mujeres trabajadoras remuneradas, lideresas, monitoras y otras organizaciones insertas activamente en la Sociedad Civil.

En este proceso, y en el marco de un trabajo con madres adolescentes (1992), detectó el problema de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA). A partir del año 1998, se ha abocado por completo a hacer frente a esta problemática en sus diferentes manifestaciones, con énfasis en la trata de niños/as y adolescentes con fines de explotación sexual comercial.

Para ello, la institución ha desarrollado distintas líneas de acción que se suceden e interponen entre sí en todos los proyectos: Investigación; Incidencia; Sensibilización y Prevención; Formación Actores Clave, Comunicaciones y Reparación del Daño.

Es, precisamente, en la temática de la ESCNNA (de alta complejidad, considerando que ellas/os están expuestas/os a situaciones que generan grave daño a su integridad física, emocional) que para nosotros/as ha quedado claro que la niñez y adolescencia requiere con urgencia pasar de la *doctrina de situación irregular o de derecho penal del menor* (Ley de Menores N°16.618 de 1967), que considera a las niñas/os como objeto de protección y no como sujetos de derechos, como hace ya 26 años que se definió en la Convención de los Derechos del Niño. El extremo abuso de poder que han ejercido los adultos hacia las chicas/os, víctimas y sobrevivientes de ESC, nos muestra que no han sido protegidos ni garantizados sus derechos mínimos en su corta existencia. Mucho menos han sido escuchadas/os, respetadas/os, valoradas/os.

Pero **más allá de la focalización en temáticas de tan alta complejidad**, como la ESCNNA, es necesario implementar una legislación que *establezca y reconozca derechos universales y la real promoción de estos derechos*. Que incluya a *todos/as los niños/as y adolescentes que viven en el país, sin distinción de etnia, clase social, género o nacionalidad*.

Entendemos que el *PDL de Garantías de los derechos de la niñez*, busca ser un proyecto marco que la creación de un sistema de garantías de los derechos de la niñez, sin embargo, profundizando en el texto, dichas garantías se observan débilmente consagradas o bien algo ambiguas o incompletas en algunos aspectos primordiales.

Así por ejemplo:

- **La subordinación presupuestaria de los derechos y garantías es, en su esencia, contraria a la noción de garantías.** En al menos trece ocasiones la normativa del proyecto condiciona el ejercicio de los derechos de los niños/as, las garantías reconocidas o los deberes del



Estado en relación con éstas, a la “**disponibilidad presupuestaria**”, empleando esta frase u otra similar. Lo anterior implica una inversión de los términos que deforma el principio de efectividad de los derechos que exige al Estado esforzarse en darles cumplimiento hasta el “**máximo de los recursos de que disponga**” (art. 4° Convención sobre los Derechos del Niño).

Por tanto, para que podamos estimar este proyecto como una verdadera ley de garantías de los derechos de los niños/as, se debe suprimir de todas las normas de su articulado tales expresiones, dado que se trata de una condición que es contradictoria con la noción de garantías y que subordina e, incluso, anula, todo su posible sentido y eficacia jurídicos.

- **Derechos insuficientemente reconocidos** (salud, colectivos especiales, niños sujetos a cuidados especiales o a internación). No se mencionan: Derecho a la recreación y a la vida cultural.
- **Deficiente construcción de los mecanismos de protección administrativa como garantía de derechos.**

En muchos pasajes el proyecto no es congruente con el *enfoque de derechos* al enfatizar e, incluso, confundir, **prestaciones y servicios sociales con el ejercicio de los derechos**. No se descarta que en doctrina varios derechos tienen un contenido eminentemente prestacional (caso típico, los derechos económicos, sociales y culturales), sin embargo, estos no abundan en el proyecto, solo educación, salud y algunas medidas de protección. *Con todo, este “enfoque socio-asistencial” o de política social inficiona en el proyecto el principio de interés superior del niño, el principio de vida, desarrollo y entorno adecuado, los mecanismos de protección administrativa, la política nacional y su plan de acción, y el nivel de ejecución de la institucionalidad estatal* (que el proyecto denomina, precisamente, “de prestación y adopción de medidas”).

- **Protección administrativa es erróneamente asimilada a protección especial.** El proyecto hace permanente referencia, interferencia o confusión con los procedimientos de protección especial (ver arts. 31 a 33) destinados a abordar “*graves vulneraciones de derechos*”, tradicionalmente asociados a descuidos, abandono o maltratos parentales y a otras formas de violencias, abusos y explotación de niños/as y que, en la actualidad, son de competencia exclusivamente judicial. La misma noción de “*medidas de protección*” que el proyecto recoge de la legislación vigente (arts. 68 y siguientes de la Ley de Tribunales de Familia), resulta restrictiva y permanentemente asociada al supuesto de falta o insuficiencia de los deberes de cuidado familiares, siendo esta lógica del todo extraña a la idea de reconocimiento y regulación de los derechos que el mismo proyecto desarrolla en su Título II.

- **Procedimiento administrativo único y concentrado en el MDS debe ser ampliado.** Si bien cabe concebir un procedimiento general a cargo del MDS, este no debe ser



único ni consistir en una atribución exclusiva del MDS, sino compartida por todos los órganos de la administración del Estado, en sus respectivas materias de competencia. Por otra parte, el proyecto no menciona la posible desconcentración regional de esta atribución ministerial, que convierte al procedimiento administrativo en un dispositivo centralizado.

- **Ausencia de estructuras territoriales de protección.** Falta en el proyecto una mínima estructura administrativa visible y eficaz en los distintos niveles espaciales o territoriales. El proyecto apenas anuncia planes que vía reglamento, permitirán *“el despliegue territorial del MDS para los fines señalados”*.

- **Precariedad institucional y de diseño adecuado de los órganos de participación:**

- Se crea solo una superestructura "nacional" para cada estamento de participación.
- Rebaja del estándar de regulación del Consejo de OSCs a normas administrativas
- Ambigüedad de la radicación del Consejo de OSCs de Niñez en un determinado órgano público
- Delegación al reglamento del Consejo Nacional de la Niñez rebaja estándar legal de regulación (y, por tanto, es garantía más débil)
- En ambos estamentos la participación está reducida al nivel consultivo.
- Pese a las diversas "menciones", la participación de las organizaciones de la sociedad civil y de los mismos NNA no queda afianzada en el proyecto. Ejemplo: los Consejos que crea son superestructurales, como institucionalidad débil encargada a Reglamentos.

Esta es, sin duda, una ocasión importante para las/os niños/as que viven en Chile, considerando que está la posibilidad de impulsar una ley de protección integral de derechos que por años les adeudamos. Por tanto, este proyecto marco debe ser mucho más que *“declarativo”*, los derechos no pueden estar supeditados a la *“disponibilidad presupuestaria”*, el rol garante del Estado debe estar claramente especificado, asumido, comprometido y jugándose las porque niñas/os ejerzan sus derechos. De allí la relevancia de la incorporación de indicaciones y fortalecimiento de este proyecto marco, los niños, niñas y adolescentes requieren ejercer y vivir sus Derechos Ahora.

MINUTA
MODIFICACIONES ESENCIALES AL PROYECTO DE LEY DE SISTEMA DE
GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ (BOLETÍN N° 10315-18)
Noviembre 2015

Felipe Viveros
Abogado de la Red de Organizaciones
De Infancia y Juventud (ROIJ)

El proyecto de ley se define por la creación de un sistema de garantías de los derechos de la niñez, pero una lectura sistemática del texto evidencia que tales garantías aparecen débilmente consagradas, defectuosamente diseñadas o incompletas en aspectos fundamentales. La ROIJ considera que los siguientes aspectos, que se exponen resumidamente a continuación deben ser modificados en el proyecto:

1. **La subordinación presupuestaria de los derechos y garantías es en su esencia contraria a la noción de garantías.** En al menos trece oportunidades, la normativa del proyecto condiciona el ejercicio de los derechos de los niños, las garantías reconocidas o los deberes del Estado en relación con estas a la "disponibilidad presupuestaria", utilizando esta u otra fórmula semejante. Lo anterior implica una inversión de los términos que deforma el principio de efectividad de los derechos que exige al Estado esforzarse en darles cumplimiento hasta el máximo de los recursos de que disponga (art. 4° Convención sobre los Derechos del Niño).

Por tanto, para que podamos estimar este proyecto como una verdadera ley de garantías de los derechos de los niños, se debe suprimir de todas las normas de su articulado tales expresiones, ya que se trata de una condición que es contradictoria con la noción de garantías y que subordina e, incluso, anula, todo su posible sentido y eficacia jurídicos.

Confusiones del Proyecto en la elaboración del principio de interés superior del niño. En esta materia se debe seguir los criterios de la Observación General N° 14 del Comité ONU sobre Derechos del Niño y, en todo caso, suprimir los factores indicados en las letras a) a g) señalados en el artículo 9°. A su vez, el inciso tercero, además de suprimir la condición relativa a "disponibilidades presupuestarias", debe reforzarse con un verbo rector normativo que reemplace la norma "blanda" que se inicia señalando que "Los órganos del Estado (...) deben tener en especial consideración..., etc." Todo este párrafo, incluida la norma sobre cuenta pública, no corresponde estar insertado en este artículo sobre principios, sino que debe ser trasladado a las normas sobre plan de acción y sobre participación.

2. **Deficiente construcción de los mecanismos de protección administrativa como garantía de derechos.** De acuerdo con la doctrina acreditada en materia de derecho de los derechos humanos (v. Ferrajoli, Pisarello, etc.), las garantías pueden ser *primarias* y *secundarias*. Las primeras

son de naturaleza normativa o institucional, es decir, se concretan en el reconocimiento y regulación de los derechos en la constitución y las leyes, delineando su significado, alcances y límites y los deberes correlativos del estado y otros garantes u obligados. Estas garantías se complementan con órganos, instrumentos y mecanismos dotados de un aparato material, funcionarios, equipos técnicos y recursos que, en diferentes escalas espaciales, permiten concretar cada derecho tutelado. Sobre la base de estos estándares, se aprecia la debilidad del proyecto en materia de garantías primarias.

En muchos pasajes el proyecto no es congruente con el *enfoque de derechos* al enfatizar e, incluso, confundir, prestaciones y servicios sociales con el ejercicio de los derechos. No se descarta que en doctrina varios derechos tienen un contenido eminentemente prestacional (caso típico, los derechos económicos, sociales y culturales), sin embargo, estos no abundan en el proyecto (ni tampoco en el orden constitucional chileno), solo educación, salud y algunas medidas de protección. Con todo, este "enfoque socio-asistencial" o de política social inficiona en el proyecto el principio de interés superior del niño, el principio de vida, desarrollo y entorno adecuado, los mecanismos de protección administrativa, la política nacional y su plan de acción, y el nivel de ejecución de la institucionalidad estatal (que el proyecto llama precisamente "de prestación y adopción de medidas").

2.1. Protección administrativa es erróneamente asimilada a protección especial. El proyecto hace permanente referencia o confusión con los procedimientos de protección especial (ver arts. 31 a 33) destinados a abordar "graves vulneraciones de derechos", tradicionalmente asociados a descuidos, abandono o maltratos parentales y a otras formas de violencias, abusos y explotación de niños y que, en la actualidad, son de competencia exclusivamente judicial. La misma noción de "medidas de protección" que el proyecto recoge de la legislación vigente (arts. 68 y siguientes de la Ley de Tribunales de Familia), resulta restrictiva y permanentemente asociada al supuesto de falta o insuficiencia de los deberes de cuidado familiares, siendo esta lógica del todo extraña a la idea de reconocimiento y regulación de los derechos que el mismo proyecto desarrolla en su Título II.

2.2. Procedimiento administrativo único y concentrado en el MDS debe ser ampliado. El mecanismo de protección administrativa que ofrece el proyecto es pobre o exiguo en su estructura y defectuoso en su asimilación a procedimientos generales o "de adultos", por lo que debería ser mejorado sustancialmente. Si bien cabe concebir un procedimiento general a cargo del MDS, este no debe ser único ni consistir en una atribución exclusiva del MDS, sino compartida por todos los órganos de la administración del Estado, en sus respectivas materias de competencia. Por otra parte, el proyecto no menciona la posible desconcentración regional de esta atribución ministerial, que convierte al procedimiento administrativo en un ilusorio dispositivo centralizado.

2.3. Ausencia de estructuras territoriales de protección. Falta en el proyecto una mínima estructura administrativa visible y eficaz en los distintos niveles espaciales o territoriales. El proyecto apenas anuncia planes que vía reglamento, permitirán “el despliegue territorial del MDS para los fines señalados”.

En la discusión del proyecto se ha aludido a “dispositivos territoriales”, término ambiguo que, por lo demás, no se encuentra en el articulado, y que elude hablar derechamente de órganos o instituciones competentes, con funciones o atribuciones de protección, prevención y promoción determinadas por la ley. Más recientemente se ha anunciado un futuro proyecto de ley que creará dichos dispositivos de despliegue territorial. Sin embargo, estos están del todo ausentes en el proyecto, salvo una promesa de un posible fortalecimiento a nivel regional de las actuales estructuras del MDS por obra de un reglamento que se dictará cuando la ley ya haya sido aprobada. En este sentido, el mero crecimiento de las secretarías regionales ministeriales del MDS como opción reglamentaria, resulta claramente insatisfactorio para los propósitos declarados en el proyecto de ley.

2.4. Cuestionable entrega de materias de regulación a un reglamento. Que el “despliegue territorial” del MDS se delegue a un reglamento (resorte del Ejecutivo) revela en sí mismo una rebaja de garantías primarias, pues el establecimiento de estos “dispositivos” (planes, programas, funciones, órganos competentes) mediante la ley (resorte del Legislativo) es reconocido jurídicamente como una garantía.

3. **Omisión de la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales de los niños.** Un componente esencial de un derecho fundamental es precisamente la denominada “garantías secundarias”. Consiste en el derecho a la protección mediante una acción o recurso ante un tribunal que ampare el derecho vulnerado o amenazado. Esta materia no está en el proyecto. Se ha anunciado que este mecanismo se incluiría en otro proyecto, ligado a reformas a la Ley de Tribunales de Familia, pero no hay certeza que el Ejecutivo tenga convicción de hacerlo.

Se debe tener presente que la garantía judicial, en tanto concebida como tutela jurisdiccional de derechos fundamentales de los niños, y concretada en una acción cautelar accesible y expedita, que entrega a los tribunales potestades para adoptar, entre otras, una gama amplia o abierta de medidas de cumplimiento y reparación, resulta incluso más importante (desde la perspectiva del diseño de garantías de derechos fundamentales) que la protección administrativa. El Estado administrador, directa e indirectamente, está en una posición de alta probabilidad cotidiana de vulnerar los derechos, cuya corrección y amparo deben estar entregados a los tribunales de justicia, órganos que representan un ente independiente e imparcial y titular de otro poder del Estado. En el marco de este proyecto, si la acción vulneratoria es imputable a la Administración, ¿ante quién reclamarán los niños? Por eso, ambas formas de protección: administrativa y judicial, deben estar contenidas y bien desarrolladas en esta ley.

4. **Vaga identificación de las instituciones públicas creadas para la protección.** El proyecto sobre sistema de garantías debe identificar con precisión las instituciones, órganos o agentes comprometidos (en este sentido la norma del art. 37 es vaga y superflua y, por ende, inocua jurídicamente). Los órganos que no son creados directamente por la ley de sistema de garantías deben estar al menos enunciados en ella, pues esta ley debe dar cuenta de la completitud del sistema, sin perjuicio de que algunos de sus componentes sean regulados y desarrollados por otras leyes. Sobre esta base, y sin perjuicio de mejorar las simples referencias a "instituciones públicas centralizadas, descentralizadas, municipales, autónomas y del sistema de justicia", el proyecto debe especificar determinadamente por lo menos:

- 1) Ministerio de Desarrollo Social;
- 2) Subsecretaría de la Niñez;
- 3) Comité Interministerial de Desarrollo Social y la Niñez;
- 4) Los demás ministerios, servicios públicos e instituciones del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias;
- 5) Defensor de la Niñez (u órgano equivalente);
- 6) Tribunales de Justicia.

5. **Precariedad institucional de los órganos de participación.** Asimismo, el proyecto debe identificar con precisión los órganos establecidos para la participación de las OSCs y de los niños, respectivamente, y efectuar las referencias recíprocas y concordancias correspondientes con los consejos establecidos en el proyecto de ley que modifica el MDS (Boletín 10314-06) que, de acuerdo con el Mensaje del Ejecutivo, es complementario del proyecto de sistema de garantías. Dicho proyecto establece escuetamente: a) un Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez; y b) un Consejo Nacional de los Niños, cuyos respectivos diseños normativos resultan totalmente insatisfactorios por diversas razones:

5.1. **Se crea solo una superestructura "nacional" para ambos estamentos de participación.** El proyecto de modificación del MDS solo determina un nivel "nacional" de los consejos de OSCs y de niños, respectivamente, delineando en ellos un esquema centralista, vertical y alejado de los ámbitos de participación ciudadana de las OSCs y de los espacios de vida cotidiana infanto-juvenil.

Por tanto, se advierte en ambos proyectos de ley la carencia de reglas básicas que conformen un diseño institucional, ni la forma de constitución y funcionamiento de consejos de la sociedad civil de la niñez y consejos de los niños, respectivamente, en los distintos niveles territoriales de la división político administrativa del país.

5.2. **Desacertada asimilación a los consejos de la sociedad civil de la Ley N° 20.500.** El Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez, integrado por OSCs, está apenas esbozado en el proyecto, el cual se contenta con referirlo a las disposiciones de la Ley N° 20.500 (en realidad, la referencia correcta debería ser a la Ley N° 18.575 de Bases de la Administración del Estado, reformada por la Ley N°

20.500), lo que no aporta novedad legislativa ni un mejor estándar participativo para las OSCs. Se debe tener presente que la participación de las OSCs de infancia en políticas públicas tiene en Chile un grado comparativo más desarrollado que el de otras áreas y cuenta con precedentes legales de larga data.

- 5.3. Ambigüedad de la radicación del Consejo de OSCs en un determinado órgano público.** La referencia a la Ley N° 20.500 es también defectuosa pues esta determina que existirán consejos de la sociedad civil en “los órganos de la administración del Estado” (art. 74 Ley 18.575, ya citada) y el nuevo proyecto no precisa en qué órgano determinado se ubicaría el aparentemente nuevo consejo de OSCs.
- 5.4. Delegación al reglamento rebaja estándar legal de regulación.** Especialmente respecto del Consejo Nacional de los Niños, el proyecto de ley delega a un reglamento materias sensibles los requisitos para ser consejeros, procedimiento de elección, derechos y deberes, duración del cargo y otras normas de funcionamiento. En este punto, reiteramos que el diseño normativo de las instituciones vía potestad reglamentaria del Ejecutivo representa una garantía más débil que su regulación por la vía de la ley.
- 5.5. Rebaja del estándar de regulación a normas administrativas.** Defecto análogo al señalado en el punto iii) se encuentra en la regulación del Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez, la que al ser remitida a la Ley N° 20.500, se materializa en una “norma general interna” que el propio órgano debe dictar al efecto. De este modo, materias clave como las competencias y atribuciones de los consejos, su composición, requisitos y forma de elección de los consejeros, periodicidad de sesiones, reglas para convocar, sesionar y adoptar acuerdos, entre otras quedan establecidas por el propio órgano, a veces mediante una simple resolución exenta. La débil y discrecional implementación de la Ley N° 20.500, a tres años de su vigencia, demuestra el error de esta opción normativa.
- 5.6. Reducción de la participación al nivel consultivo.** La concepción de ambos consejos en el proyecto de modificaciones al MDS es meramente “consultiva”. Se establece que el consejo de la sociedad civil de niñez “será especialmente oído” en determinadas materias específicas; en tanto el Consejo Nacional de los Niños tendrá por objeto “representar la opinión de los niños en la adopción de las decisiones públicas que les afecten directamente”. En ninguno de los casos se establece al menos que la opinión de estos consejos será preceptiva respecto de decisiones fundamentales de los órganos de la administración del Estado.