

# FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

## PROYECTO DE LEY QUE CREA UN SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

---

N° 222 | 10 de mayo 2017



Ideas & Propuestas

## **RESUMEN EJECUTIVO**

El pasado martes 2 de mayo se aprobó, en primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados, el proyecto de ley que crea un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. Este enumera una serie de derechos ya consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, es en aquellos puntos en que innova donde se manifiesta su contenido esencialmente ideológico.



Foto: [www.educacionparvularia.cl](http://www.educacionparvularia.cl)

## I. INTRODUCCIÓN:

Recientemente se aprobó en primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados el proyecto de ley que crea un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. La iniciativa legal busca ser una ley marco de protección universal para los niños de nuestro país, sea que estos vivan con sus familias o residan en centros del Sename.

Al inicio de su tramitación, la iniciativa buscaba sentar las bases de una visión absolutista del principio de autonomía progresiva del niño, en virtud de la cual, un niño podría tomar decisiones y ejercer derechos por sí mismo -de acuerdo a su edad y grado de madurez- sin la mediación de sus padres. El problema de ello se traducía en que no serían los padres quienes determinarían si sus hijos habrían alcanzado el

nivel de madurez suficiente para tomar ciertas decisiones, sino que sería el Estado quien lo haría en un nuevo rol predominante como protector de la infancia, lo que devela la intención final del gobierno en esta materia, cual es que el Estado intervenga el rol propio de los padres referido al cuidado y educación de sus hijos.

Pero, ¿qué fue finalmente lo que se aprobó en el primer trámite constitucional? A continuación, expondremos los principales puntos positivos y negativos del proyecto de ley que ahora deberá iniciar su votación en la Comisión de Niñez del Senado:

## PUNTOS POSITIVOS

### 1. Normas que defienden la vida del niño que está por nacer

El proyecto establece expresamente:

- El reconocimiento de la calidad de niño a todo ser humano menor de 18 años, sin hacer distinción respecto de su nacimiento.
- **El derecho intrínseco a la vida** que tiene todo niño y la obligación del Estado de garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo de los menores.
- La prohibición de toda forma de **discriminación arbitraria** del niño, incluidas aquellas que se refieran a su **desarrollo intrauterino**.
- Respecto al **derecho a la salud** infantil en el sistema público, se obliga al Estado a propender a la efectividad de las medidas necesarias para la prevención, tratamiento y recuperación de enfermedades que puedan afectar a la población infantil, sea que las padezcan durante su **desarrollo intrauterino** o extrauterino.
- La **prohibición** de toda forma de maltrato infantil, incluido el **maltrato prenatal**, el que “no puede justificarse por ninguna circunstancia”. Además, el Estado deberá tomar las medidas conducentes a prevenir, prohibir y sancionar toda forma de maltrato a un niño.

Las normas anteriores concuerdan con el derecho a la vida, la integridad de la persona, y la protección de la vida del que está por nacer, consagrados en nuestra Constitución.

Un proyecto de ley que establece Garantías para los derechos de la Niñez sería inconstitucional si no incluyese a los no nacidos, ya que, aquello sería darles un trato absolutamente discriminatorio. Por lo tanto, la inclusión de los derechos mencionados en el proyecto de ley es jurídicamente necesaria para darle validez a esta iniciativa legal. Sin embargo, sí adolece de este problema el proyecto de ley de aborto en tres causales, por lo que su contenido es totalmente incompatible con las normas recién aprobadas en el proyecto de ley de Garantías de la Niñez.

### 2. Principio del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos

Gracias a la insistencia de los diputados de Chile Vamos durante la tramitación del proyecto, se incorporó como principio rector el derecho preferente de los padres a educar a sus niños, reivindicando con esto el rol preponderante que los padres tienen en la educación de sus hijos frente a la protección que también deban darle el Estado o terceros.

A pesar de que dicha incorporación es un avance



Foto: [www.crececontigo.gob.cl](http://www.crececontigo.gob.cl)

que obliga a considerar a los padres en el ejercicio de los derechos de sus hijos, aún existen ciertos artículos del proyecto de ley cuya redacción no es armónica o compatible con dicho principio, por lo que su interpretación podría llevar a que se consideren como excepciones a este, como se verá a continuación.

## PUNTOS NEGATIVOS

### 1. Dudosa interpretación del derecho a la intimidad de los niños y el rol educador de sus padres

El proyecto de ley consagra el derecho a la vida privada de los menores de edad: *“Todo niño tiene derecho a desarrollar su vida privada, a gozar de intimidad y a mantener comunicaciones sin injerencias arbitrarias o ilegales.*

*Los padres y/o madres (...) la sociedad y las autoridades deben respetar este derecho, promover y orientar su ejercicio, y protegerlo*

*de cualquier quebrantamiento arbitrario de su intimidad.”*

Esta redacción no es clara respecto de cómo, en la práctica, se concilia el derecho a la vida privada del niño con el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. El primero se plantea de una manera prácticamente absoluta mientras que el rol de los padres es puesto al mismo nivel que el estándar de respeto que debe cumplir el Estado o cualquier otro tercero ajeno a la familia.

Resulta indispensable que esta sea una norma que solucione problemas y no genere conflictos innecesarios al interior de las familias. Una interpretación literal del texto podría traducirse en que, por ejemplo, en caso de que un padre sospeche que su hijo se ha involucrado en el juego de “la ballena azul”, este no pueda revisar sus redes sociales para corroborarlo y protegerlo a tiempo con plena certeza de que luego no será acusado de transgredir los derechos del niño.

De esta manera, el texto de la iniciativa legal puede interpretarse de formas que limitan gravemente el derecho natural y preferente de los padres a educar a sus hijos, dando paso a que estos puedan intervenir en la vida de sus hijos únicamente de forma tardía, es decir, cuando tengan cierta certeza de que el daño está hecho.

## **2. Identidad de género**

El proyecto de ley se refiere a la identidad de género y a conceptos similares en el derecho a la no discriminación de los niños: *“Ningún niño podrá ser discriminado en forma arbitraria en razón de su (...) orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales (...)”*. Además, lo incluye en el derecho a la identidad del niño de la siguiente forma: *“Todo niño tiene derecho (...) a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género.”* Es este último artículo el que podría generar más problemas.

Como puede observarse, el proyecto de ley no especifica un concepto de identidad de género ni esclarece el alcance que su desarrollo y preservación implican. Aclarar estos puntos resulta indispensable para considerar a la identidad de género como un derecho, lo que no se logra en esta iniciativa legal. Es por esto que del texto no se puede concluir que el proyecto permita el cambio de sexo de menores de

edad, ni tampoco puede extraerse de él que se de paso a intervenciones quirúrgicas en niños únicamente por causas de género, como han indicado algunos medios de prensa.

Para contextualizar, cabe recordar que la llamada “Ley Zamudio” se refiere a la identidad de género solamente como una causal de discriminación arbitraria. Sin embargo, no se desarrolla su contenido ni se califica dicha identidad como un derecho.

Así, el problema que genera la redacción del proyecto de ley de Garantías de la Niñez se traduce en que el texto, al hablar del derecho a desarrollar y preservar la identidad de género del niño, está regulando situaciones que nacen de conceptos cuyo contenido no se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, lo que obligaría a los parlamentarios a discutir posteriormente una ley de identidad de género aplicable a menores de edad.

Lo anterior no se condice con el avance que ha tenido la tramitación en el Senado del proyecto de ley de identidad de género, en virtud del cual una persona podría cambiarse de sexo en el registro civil. De dicho texto se eliminó la posibilidad de incluir a los niños ya que las disforias de género –disconformidad entre el sexo biológico y el sexo al cual la persona siente que pertenece– en menores de edad, entre el 80% y 95%<sup>1</sup> de los casos, se resuelven después de la adolescencia.

---

<sup>1</sup> Véase: <https://www.bioeticaweb.com/disforia-de-genero-en-menores-resumen-de-puntos-importantes/>



Foto: [www.elmostrador.cl](http://www.elmostrador.cl)

Finalmente, resulta necesario recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño habla del derecho a la identidad del niño pero lo hace desde un punto de vista objetivo: su familia, su nacionalidad, su etnia, entre otros, y no contempla la identidad de género. Es por esto que el pretexto del Ejecutivo para agregar este concepto a la redacción del proyecto tan sólo puede tener una explicación ideológica, no jurídica.

### **3. Cambio en el concepto tradicional de familia**

El proyecto cambia el concepto tradicional de familia ya que, cada vez que se refiere a los padres del niño, utiliza la expresión “padres y/o madres”. De esta forma, la redacción del proyecto de ley intenta definir una nueva estructura jurídica de la familia.

Lo anterior atenta contra la base misma del derecho de familia y diluye el concepto de

patria potestad contenido en nuestro Código Civil: (artículo 243) “*La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.*”

Esto da paso a un debate que, por legítimo que sea para el gobierno, no es el objeto a discutir en un proyecto de ley de Garantías de la Niñez. Una redacción de este tipo no enfrenta el problema como debiese a través del debate en torno a un proyecto de ley cuya idea matriz, sea un cambio en el concepto familiar o la aprobación de la adopción homoparental o del matrimonio homosexual, sino que lo hace de forma oblicua, redactando normas de forma engañosa.

Así, la norma regula situaciones que nacen de conceptos que no están consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en el caso mencionado anteriormente sobre identidad de género.

## CONCLUSIÓN

Las mayores dudas respecto del proyecto de ley de Garantías de los Derechos de la Niñez recaen sobre si efectivamente este respeta el rol formador de los padres respecto de sus hijos o si aún mantiene una interpretación absoluta de la autonomía progresiva de los niños. Uno de los graves problemas de esta iniciativa legal recae en que su texto se limita a declarar principios y derechos de contenido poco precisos e incluso contradictorios entre sí, por lo que podría interpretarse que existen excepciones al derecho preferente de los padres a formar y educar a sus niños.

Si bien el proyecto de ley de Garantías de los Derechos de la Niñez mejoró bastante respecto de su texto original sigue siendo un mal proyecto: debilita a la familia y el rol formador que tienen los padres en la educación de sus hijos, y no entrega solución o herramienta alguna para proteger a los niños más vulnerables de nuestro país. Por el contrario, ha sido utilizado como pretexto de este gobierno para centrar sus fuerzas en sentar un sistema ideológico en lugar de solucionar la grave crisis en que se encuentra sumida la infancia chilena.

Las cifras oficiales indican que entre el 1 de enero de 2005 y el 30 de junio de 2016, 210 menores de edad murieron bajo el cuidado

de centros del Sename, sumado a otras 406 muertes de niños en el sistema ambulatorio (programas complementarios y organismos colaboradores) durante el mismo período. Gran número de esas muertes se produjeron por negligencias médicas y falta del debido cuidado que el Servicio debía asegurar a los menores. Frente a ello, resulta inconcebible que el Ejecutivo haya dado prioridad y urgencia por más de un año y medio a un proyecto de ley de garantías de la niñez que, en la práctica, no resuelve los problemas graves y urgentes de los niños vulnerables de nuestro país.

De hecho, el Gobierno congeló la tramitación de las iniciativas legales presentadas por el ex Presidente Piñera sólo para presentar, recién el pasado 4 de abril y luego de 3 años de administración, dos proyectos de ley que buscan modificar el Sename. Estos, de forma evidente no alcanzarán a aprobarse a tiempo y son reflejo inequívoco de que al Gobierno le preocupa más el establecer un sistema ideológico antes que solucionar los problemas reales de la infancia en Chile.





Capullo 2240, Providencia.

[www.fjguzman.cl](http://www.fjguzman.cl)



[/FundacionJaimeGuzmanE](https://www.facebook.com/FundacionJaimeGuzmanE)



[@FundJaimeGuzman](https://twitter.com/FundJaimeGuzman)