

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN



#2105
Edición

MIRADA POLITICA

JULIO
2021

EL IMPACTO DEL PROYECTO DE LEY

DE GARANTÍAS DE LA NIÑEZ



Foto: t13.cl



Foto: latercera.com

I. INTRODUCCIÓN

La niñez es un concepto del cual se ha teorizado mucho durante las últimas décadas. Gran parte de dicha reflexión se debe a los terribles acontecimientos vividos por la humanidad durante el siglo XX, pero también a un creciente desarrollo de la técnica educativa y de la neurociencia.

Se ha llegado al consenso de que la infancia es la etapa más decisiva para el desarrollo integral de las personas, lo que a nivel político ha tenido como manifestación más importante a la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1989, instrumento que sería ratificado por prácticamente toda la comunidad internacional, incluyendo a nuestro país.

Desde la Convención de Derechos del Niño hasta la fecha han sido numerosos los programas, tanto nacionales como

internacionales, que han emergido con la misión de resguardar la infancia. Han proliferado las ONG en la materia, se han teorizado nuevos principios en el ámbito académico y se ha pulido la legislación, creando nuevos derechos para los niños y nuevas obligaciones para los padres y los órganos del Estado.

Dentro de este contexto se ha promulgado la Ley que Establece las Garantías de la Niñez, la cual pretende establecer el marco normativo que informará todas las políticas relacionadas con la infancia que se promuevan de ahora en adelante en nuestro país.

En la presente edición, analizaremos el impacto de la Ley de Garantías y hasta que punto este cuerpo normativo se hace cargo de la finalidad última, que es el bienestar de los niños.

II. EL *BOOM* LEGISLATIVO

El 2015, durante el Gobierno de la Presidente Bachelet se presentó el proyecto de Garantías de la Niñez con la finalidad de:

- Adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y a los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile.
- Crear un ordenamiento jurídico coordinado de disposiciones legales, institucionales, políticos y sociales denominado “Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”.
- Sentar las bases institucionales para prevenir la vulneración de sus derechos, así como asegurar el cumplimiento efectivo del pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños.

La preocupación en la materia no se ha agotado en el proyecto de Garantías, ya que el 2018, durante el Gobierno del Presidente Piñera, se promovió una agenda de la infancia estipulada en el programa de gobierno de Chile Vamos.

El eje del esquema planteado por el Gobierno consistía en dividir al antiguo SENAME en dos servicios focalizados en cuanto a su función. El Ministerio de Justicia estaría a cargo de un servicio pensado para los adolescentes infractores de ley, mientras que el Ministerio de Desarrollo Social y Familia lo estaría de un Nuevo Servicio Nacional de Protección a la Niñez y la Adolescencia, pensado para todas las personas menores de 18 años que enfrenten si-

tuaciones de vulnerabilidad. Cabe señalar que este último servicio ya ha sido creado mediante ley y, en la actualidad, enfrenta un periodo de transición hacia una etapa en que se encuentre plenamente vigente.

Este *boom* legislativo no puede entenderse fuera de un contexto de la niñez muy particular que ha enfrentado nuestro país. Mucho se ha dicho respecto de las miles de irregularidades que han salido a la luz desde el año 2017, irregularidades que involucraban directamente al SENAME en una gestión inexcusable que habría atentado contra la vida, la integridad física, psicológica y emocional de niños y adolescentes vulnerables¹.

La lesión en masa de los derechos humanos de niños y adolescentes bajo la tutela de una institución del Estado y de sus organismos colaboradores ensució la imagen que la opinión pública tenía del SENAME. Esta imagen se vio aún más dañada cuando un reportaje de televisión dio cuenta de una serie de irregularidades de la entidad en su gestión económica, las cuales fueron denunciadas por diferentes organismos colaboradores del SENAME².

Era evidente que, como señal política, el sistema de protección de la niñez en nuestro país tenía que cambiar y ningún sector o grupo político intentó defender la permanencia, ni mucho menos la predominancia del SENAME. Así, con la institucionalidad de la niñez muy a mal traer, se gestaron los proyectos de ley que pretenden que el Estado ofrezca un nuevo rostro al país en materia de protección de la infancia.

¹ Información disponible en: <https://bit.ly/2Uo0N3R>, consultado con fecha 29 de junio de 2021.

² Información disponible en: <https://bit.ly/36dVk27>, consultado con fecha 29 de junio de 2021.

III. ESTRUCTURA DE LA LEY DE GARANTÍAS

Tras cerca de ocho años de tramitación, la Ley de Garantías se terminó estructurando en base a seis capítulos, además de cinco disposiciones transitorias. La ley que se despachó hacia el Ejecutivo terminó siendo diferente al proyecto que ingresó el año 2013, aunque persisten elementos que permiten concluir que existen avances muy concretos en la agenda ideológica que la izquierda ha promovido tanto en Chile como en el extranjero. Sin embargo, antes de comenzar a ahondar en dicho análisis es necesario observar la organización del cuerpo legal³.

Título I: Cuestiones preliminares. Incluye definiciones, el objeto de la ley y las normas de aplicación e interpretación de la ley.

Título II: Principios, Derechos y Garantías.

- Dentro de los principios destacan los siguientes: autonomía progresiva del niño, derecho y deber preferente de los padres y/o madres a orientar y educar a sus hijos, igualdad y no discriminación arbitraria, interés superior del niño.

- Dentro de los Derechos y Garantías, destacan los siguientes: derecho a la vida, derecho a vivir en familia, derecho a ser oído, libertad de expresión, derecho de participación, derecho a la vida privada, derecho a la información, derecho preferente del niño a ser educado y orientado por sus padres, derecho a la educación, derecho a la salud, protección contra la violencia, libertad personal, entre otros.

Título III: Sistema de Protección Administrativa y Judicial.

Se establece un sistema de protección administrativo que tiene como eje central a las Oficinas Locales de la Niñez, organismos con participación tanto municipal como de parte del Ministerio de Desarrollo Social, más concreto la Subsecretaría de la Niñez. También se estipula el sistema con claridad qué atribuciones pertenecerán al órgano administrativo y cuáles al órgano jurisdiccional, que siguen siendo los tribunales de familia.

Título IV: Institucionalidad. Se enumera a las diferentes autoridades administrativas y organismos públicos autónomos con potestades dentro del nuevo sistema de garantías. Entre ellas se encuentra el Sistema Nacional de Protección de la Niñez, la Oficina de Reinserción Adolescente, la Subsecretaría de la Niñez y la Defensoría de la Niñez, entre otras.

Título V: De la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción.

Sus artículos explican que la Política Nacional de la Niñez deberá contener, a lo menos, sus objetivos y fines estratégicos, distinguiendo áreas y materias; orientaciones y ejes de acción dirigidos al cumplimiento de dichos objetivos y fines, considerando criterios de descentralización y desconcentración, según corresponda.

Título VI: Modificaciones de otras leyes. Las modificaciones que sufrió el proyecto de ley durante su tramitación en el Congreso hicieron imperativo que se incorporaran nuevas atribuciones a los municipios y a los diferentes sistemas de protección social.

³ Información disponible en: <https://bit.ly/3hnKu01>, consultado con fecha 29 de junio de 2021.



Foto: t13.cl

IV. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DE LA LEY DE GARANTÍAS

Al igual que con la mayoría de los cuerpos jurídicos escritos, en la estructura de la Ley de Garantías podemos distinguir con claridad una parte dogmática y una parte orgánica. La primera parte, es decir, la dogmática, es aquella que consagra los fundamentos y finalidades de la legislación, los que terminan traducidos en derechos y principios. Se trata por tanto de una parte más rígida. En el caso de la Ley en estudio, ese es el caso de los títulos I, II y V de la Ley.

La parte orgánica corresponde a los órganos establecidos para cumplir con las finalidades dispuestas en la parte dogmática, así como también las atribuciones con que contarán dichos órganos, ya que no se puede olvidar que, de conformidad con el Principio de Legalidad, una de las máximas de las democracias modernas, las autoridades públicas solo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido por ley. Es por tanto la parte variable de un cuerpo jurídico, aquella que se encuentra a disposición de la parte dogmática, la cual constituye su motor. En el caso de la Ley en estudio, son apartados que regulan materia orgánica los títulos III y IV.

Esta distinción que, a simple vista parece un ejercicio dogmático, es muy importante. Es importante porque nos permite comprender el juego político que existe detrás de una

ley de estas características. Basta con mirar el texto de ley aprobado para comprender que la Ley de Garantías es un texto fundamentalmente dogmático, su intención no es corregir el funcionamiento de una institución, ni entregar nuevas atribuciones ni complementar algunas ya existentes. Es un texto que viene a crear su propio sistema de valores y principios jurídicos.

Debe ponerse énfasis en que, en principio, no tiene nada de malo incorporar nuevos principios a la legislación, pero hacerlo de manera tan abrupta pareciera más bien un sinsentido cuando la niñez era una materia que ya contaba en nuestro ordenamiento jurídico con lineamientos claros a partir de la Convención de los Derechos del Niño, siendo su gran piedra de tope un organigrama anticuado, ineficiente y desgastado.

De hecho, la ley que crea el Sistema Nacional de protección de la Infancia y Adolescencia; y el proyecto de ley que crea Sistema de Reinserción Adolescente, son iniciativas que buscan reestructurar y modernizar nuestras instituciones, no establecer un sistema nuevo de concepción de la niñez, ya que eso llevaría admitir que las bases sobre las que se ha construido nuestra protección de la infancia son insuficientes.

V. LA OPORTUNIDAD POLÍTICA

¿Tiene sentido aprovechar esta ola de reformas para incorporar nuevos principios en materia de la niñez?

Hay que distinguir. La magra experiencia reciente, y no tan reciente, de nuestro país en lo que concierne al SE-NAME, puede motivar razonablemente al legislador a dar un enfoque mayor a la protección de los derechos de la infancia desde un enfoque burocrático. Consideramos que normas de este tipo tienen que contenerse en la Ley. Dado que se estaban tramitando diferentes proyectos de ley en materia de niñez, considerábamos que lo razonable era incorporar en estos textos, la Ley de Servicio Nacional de Protección, por ejemplo, aquellos principios y derechos que fuesen necesarios para garantizar la mayor protección de los niños, haciendo referencia siempre a los compromisos adquiridos por el Estado de Chile en la Convención de los Derechos del Niño.

¿Es entonces un problema de exceso de texto que exista una ley de garantías? No.

El que se trabaje en un texto diferente, con un enfoque tan centrado en la dogmática permite a los promotores del proyecto instaurar discusiones sobre aspectos meramente ideológicos, tales como la teorización de la autonomía progresiva en términos que distan de la Convención de Derechos del Niño; o la nula referencia al derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos en su texto original, son antecedentes que entregan luces respecto a la verdadera finalidad de un proyecto de esta naturaleza.

Es evidente que el oficio de ley despachado del Congreso hacia el Presidente de la República es mucho mejor que

el proyecto de ley ingresado en el año 2013. Existe una definición clara de las competencias de las autoridades administrativas y judiciales, existe una corrección muy importante a nivel dogmático, se incorporan las oficinas locales de la niñez, entre otros. Siempre es destacable que la legislación chilena presente elementos modernos y eficientes, pero desde un punto de vista estrictamente ideológica estos elementos vienen a ser una mera justificación para una agenda, en este caso valórica.

¿Y cuál es esa agenda?

La responsabilidad. Históricamente quienes han estado a cargo de asumir toda la responsabilidad por las decisiones más importantes que atañen la vida de un menor de edad son sus padres. Esta máxima no es azarosa, sino que responde a una larga evidencia, tanto científica, como empírica, de que las facultades psicoemocionales requieren que una persona experimente muchas vivencias, conocimientos y desarrollos biológicos antes de contar con la madurez suficiente para asumir sus propias responsabilidades. Por ello es tan importante que la responsabilidad de los niños y adolescentes se mantenga en manos de sus padres o de quienes tengan su cuidado, independiente de su derecho a ser oído en razón con tres criterios: grado de madurez, edad y estado de desarrollo.

Creemos que bajo la Ley de Garantías en estudio y el contexto de activismo judicial, tarde o temprano una autoridad jurisdiccional podría elaborar argumentos para traspasar la responsabilidad a personas menores de edad con todos los riesgos que ello conlleva.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman