

SOBRE LA SITUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ EN CHILE

Comentarios a propósito de la audiencia temática celebrada el 5 de octubre de 2020

177° Audiencias Temáticas de la CIDH

Presentación

En el marco de los datos expuestos por los peticionarios de dicha audiencia –la Asociación Nacional de Magistrados y Magistradas de Chile– y el Estado, desde Corporación Opción, organización no gubernamental, sin fines de lucro, con 30 años de trayectoria en el ámbito de la defensa y promoción de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, que desde el año 2004 cuenta con estatus consultivo especial ante el ECOSOC de Naciones Unidas, queremos aportar tanto al trabajo de la Comisión Interamericana, como particularmente al de la Relatoría de la Niñez, con observaciones, datos e información que, en el marco de nuestro quehacer territorial, podría ser de utilidad para la el desarrollo de las tareas de la CIDH para el resguardo, promoción y defensa de los derechos humanos en nuestro país.

En este marco, el presente documento aborda:

- Estado actual del sistema de protección integral de la niñez, a partir de las preguntas planteadas por la comisionada Esmeralda Arosemena y Margarete May Macaulay.
- Estado actual de la agenda legislativa, en relación a los comentarios del comisionado Joel Hernández, relator para Chile.
- Algunas consideraciones sobre datos sobre violencia sexual contra niñas y adolescentes, políticas públicas en materia de prevención del embarazo adolescentes y la situación particular de los niños y niñas que han quedado huérfanos por femicidios: inquietudes y consultas realizadas por la comisionada Julissa Mantilla.

CONTEXTO GENERAL: ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

El Estado de Chile, es el único país de la región que no cuenta con una ley general de garantías de la niñez, que articule la respuesta estatal para la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CDN), ratificada y vigente en el país desde el año 1990.

Sin embargo, pese a no contar con dicha normativa general, el país cuenta con una oferta programática en materia de protección especializada para la restitución de derechos, cuando

estos han sido gravemente vulnerados, la cual es ejecutada por el Servicio Nacional de Menores y su red de organismos colaboradores, es decir, organizaciones sin fines de lucro de la sociedad civil.

El Servicio, fue creado en el año 1979 y llegó a reemplazar al Consejo Nacional del Menor, a través de un decreto ley dictado durante la dictadura, el cual, estructuralmente, no ha tenido grandes variaciones hasta hoy, salvo normas reglamentarias para su adecuación administrativa, y otras de jerarquía legal, relativas a ordenar el traspaso de recursos económicos desde el Estado a las organizaciones de la sociedad civil que ejecutan, mayoritariamente, la oferta de programas.

Cabe indicar que el Servicio Nacional de Menores, solo tiene a su cargo la protección especial cuando los NNA han sufrido graves vulneraciones de derechos, y la administración de la oferta programática de medidas cautelares o sanciones cuando los adolescentes, mayores de 14 años y menores de 18, han infringido normas penales. En este marco, su orgánica institucional, estuvo diseñada, primordialmente, para transferir recursos estatales a instituciones de la sociedad civil que ejecutan programas, más que para supervisar técnicamente la intervención.

Es importante indicar que, históricamente, el Estado chileno ha fundado su acción en materia de infancia, bajo la doctrina de la situación irregular, pese a la ratificación de la CDN. Tres décadas después, ha sido extremadamente complejo generar un sistema que se centre en niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos y en los principios básicos que inspiran el modelo basado en un enfoque integral, a saber, el interés superior del niño, el derecho a la vida y la supervivencia, el derecho a vivir en familia, el derecho a ser oído y el reconocimiento de la autonomía progresiva.

Cuando nos referimos a “Sistemas Nacionales de Protección de la Niñez”, se ha entendido que ellos deben, a lo menos, contemplar un conjunto de garantías articuladas entre sí:

- Institucionales: mecanismos para articular la planificación, diseño, aplicación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas referidas a NNA.
- Normativas: marco legal interno, que permita la adecuada incorporación al sistema jurídico nacional de los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia.
- Programáticas: que se cuente con una oferta adecuada para las necesidades de NNA, tanto en materia de promoción de derechos –por ejemplo, mecanismos institucionales de participación de NNA- como en materia restitución.
- Presupuestarias: que aseguren los recursos financieros para que el sistema pueda funcionar de manera adecuada a los estándares.

Pues bien, en los últimos 30 años se ha logrado avanzar en algunas de estas materias¹, pero de manera fraccionada y desarticulada. Si bien en la década de los 90 hubo una modernización de la

¹ Como son: ley de filiación, que terminó con la diferenciación entre niños nacidos dentro y fuera del matrimonio (1999), obligatoriedad de la educación secundaria (2002) y parvularia (2016), haber creado un sistema de justicia penal juvenil, estableciendo garantías de debido proceso, entre otras consideraciones fundamentales para un sistema adecuado a los estándares internacionales en esta materia (2005), ley de entrevistas videograbadas (2017), creación de la defensoría de la niñez, como institución nacional de

oferta programática, avanzando sustantivamente en reducir la internación, pasando de un 63% en el año 1990 a un 12% en el 2019, no logró transformar estructuralmente la relación entre el Estado y los niños, niñas y adolescentes, asumiendo realmente un rol de garante de sus derechos.

El año 2016, producto de la muerte de una niña de 11 años en una residencia de administración directa del Estado², se puso en evidencia ante la opinión pública la precariedad del sistema residencial, pese a que su número de usuarios es muy bajo, los escasos recursos que el Estado pone a disposición de ese sistema, la falta de especialización de sus actores y, sobre todo, se ha relevado que el Estado de Chile no ha actuado con la debida diligencia para prevenir, sancionar y reparar las vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes. Y, desde luego, tampoco ha establecido garantías de no repetición para que las situaciones acaecidas, particularmente en el sistema residencial, no vuelvan a ocurrir.

Con todo, cabe indicar que los tomadores de decisiones –tanto en el poder ejecutivo, legislativo y judicial- han puesto un importante énfasis en que la crisis del sistema de protección especializada ha radicado en las falencias administrativas y normativas del Servicio Nacional de Menores y su red de organismos colaboradores, sin pronunciarse con mayor profundidad sobre otros elementos que también impactan en la vida de los niños y niñas, que luego requieren de la intervención de los programas de protección. Uno de ellos, es la violencia que día a día sufren y que ha sido prácticamente invisible en la discusión que se ha dado en los últimos años.

La violencia hacia los NNA, según las mediciones de UNICEF (2006, 2012 y 2016), se ha mantenido invariable en los últimos 15 años. El 71% de ellos declara haber sufrido algún tipo de maltrato y el 25% es violencia sexual. Por su parte, la encuesta longitudinal sobre primera infancia que realiza el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, cuya 3° versión se realizó en el año 2017, reveló que el 62,5% de los niños encuestados declara haber recibido cualquier método violento de disciplina. El 35,5% confiesa haber recibido castigo físico.

Lo anterior es concordante con los datos que hemos obtenido de nuestros programas de atención directa³, donde hemos visto que el 25,7% ingresó por ser víctima de negligencia y abandono, el 19,5% por ser víctima de violencia intrafamiliar y el 19,4% por violencia sexual.

derechos humanos (2017), imprescriptibilidad de los abusos sexuales perpetrados contra menores de 18 años (2019).

² Esta situación, sumadas a otras de similares características ocurridas también en una residencia de administración estatal en Valparaíso, activó el mecanismo de comunicación individual que dispone el 4° Protocolo Facultativo del CDN, que entró en vigencia en el año 2015. El informe final emitido por el Comité de los Derechos del Niño, fue puesto en conocimiento de la opinión pública en marzo de 2018. Sobre el punto ver: https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf

³ Corporación Opción, en el año 2019, atendió a 19.236 NNA en el área de protección de derechos, lo que equivale a cerca del 10% del total de niños y niñas atendidos por SENAME a nivel nacional.

Pues bien, como se expondrá con mayor profundidad en el siguiente punto, las causas que originan la necesidad de intervención de programas de protección especializada, han sido escasamente abordadas, tanto en la discusión legislativa, como en las medidas administrativas dictadas por el poder ejecutivo y las recomendaciones formuladas por el poder judicial. Ello ha redundado en que las políticas públicas que se han ido adoptando en los últimos años, han partido de un diagnóstico incompleto y han omitido pronunciarse sobre factores estructurales del modelo chileno, que han agravado la situación de los NNA. Y no solo de los que son usuarios de los programas de protección especializada, sino que también a nivel universal: la violencia que niños y niñas sufren de manera transversal a su clase social, la segregación territorial, la calidad de la educación dispar según la condición socioeconómica de las familias y la permanente criminalización y sospecha sobre la adolescencia. Todos ellos, son factores incidentes en la situación general de la infancia, que no se han considerado en toda su dimensión, lo que trae como consecuencia, que las medidas que se adoptan, al corto plazo de implementación, no logran resolver la problemática para las que fueron planteadas.

AGENDA LEGISLATIVA ACTUAL

A la fecha, segundo semestre del año 2020, se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional:

1. **El proyecto que establece el sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia** que fue presentado en septiembre de 2015 durante la administración de la presidenta Bachelet y que, al término de su mandato en el año 2018, se encontraba ingresado a su segundo trámite constitucional en el Senado. Aún se encuentra en segundo trámite, sin urgencia por parte de la actual administración del presidente Piñera.

Con todo, se trata de un proyecto que inicialmente se presentó sin presupuesto y con enormes falencias en relación a su despliegue territorial, su definición de protección administrativa y la verdadera voluntad estatal de garantizar el ejercicio de derechos por parte de los NNA. En su redacción original, hizo 24 veces mención a que el ejercicio de derechos estaba sujeto a la disponibilidad presupuestaria.

El actual gobierno, sin perjuicio de que dispuso poner recursos financieros para el proyecto, ha carecido de voluntad para avanzar en él en términos sustantivos, como es, establecer una acción judicial para tutelar derechos fundamentales, generar una institucionalidad administrativa fuerte, que pueda adoptar medidas de protección y exigir su cumplimiento y en definitiva, generar una articulación adecuada de las políticas públicas universales para la satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se ha empeñado en centrar la discusión en una falsa dualidad entre el derecho y deber de los padres y madres de educar a sus hijos/as y la autonomía progresiva de éstos, llegando al punto de intentar sujetar el ejercicio de determinados derechos al consentimiento parental, lo que anula derechamente la garantía de éstos.

2. **El proyecto que crea el nuevo Servicio de Protección Especializada de la Niñez, que está próximo a ser promulgado, que reemplazará al SENAME** y será dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Se trata de un Servicio concebido desde la lógica del sistema residencial, en circunstancias que la atención en esa línea es solo de un 10% de los niños y niñas que requieren de la acción de la protección especializada. Es decir, el 90% de los NNA que requieren de la acción de un programa de protección lo hace en la modalidad ambulatoria. Pues bien, la futura ley que crea este Servicio, ni siquiera define que se entenderá por ella. Este mismo, tiene otras falencias, como no considerar programas para NNA que hayan sufrido violencia institucional por parte del Estado, o como la creación de programas para niños y niñas menores de 14 años que hayan incurrido en conductas infraccionales de leyes penales. Lo complejo de aquello es que, según la legislación chilena, los niños y niñas menores de 14 años son inimputables. Hacerlos ingresar a una intervención por una supuesta infracción penal tiene una doble vulneración. Por una parte, se les estaría dando el tratamiento como si fueran culpables de determinados hechos, sin que un debido proceso haya determinado su participación y culpabilidad. Y por otra, se estaría interviniendo atendiendo a la supuesta conducta infraccional (que, insistimos, se trata de conductas que no son punibles), y no la posible vulneración de derechos que tengan a la base. Esto representa un retroceso muy significativo en el enfoque de protección integral que estas políticas debieran tener.
3. **El proyecto que crea el nuevo Servicio de Reinserción Juvenil** dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y modifica normas de la ley 20.084 que estableció el sistema especializado de justicia penal juvenil, se presentó ante el Congreso en marzo del 2017 y se encuentra en su segundo trámite. El proyecto tiene avances sustantivos en materia de abordar nudos actuales de la legislación, como incorporar medidas de justicia restaurativa, la mediación penal, así como profundizar en la especialización de los actores, jueces, fiscales y defensores penales.

DATOS ESPECÍFICOS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICULARES.

Sobre la solicitud de la comisionada Mantilla, quisiéramos indicar a la CIDH los siguientes antecedentes:

1. **Cifras de violencia sexual contra niñas y adolescentes:** según el Boletín Estadístico que publica el Ministerio Público, órgano autónomo a cargo de la persecución penal, detalla que entre enero y junio de 2020 se iniciaron 13.057 causas por delitos sexuales. De esos ingresos, solo 818 terminaron con sentencia condenatoria, 100 fueron absueltos y cabe tener presente que la gran mayoría de las causas por delitos sexuales que ingresan al sistema, terminan por salidas no judiciales, como el archivo (7.923) o por la decisión del Ministerio Público de perseverar en la investigación (646).

En relación a quienes son víctimas de delitos en general, el 4,07% se trata de niñas y adolescentes. Teniendo presente que en el periodo referido ingresaron 14.598 víctimas por delitos sexuales, se puede estimar que alrededor de 600, serían niñas y adolescentes. Cabe señalar, que los delitos cometidos en el contexto intrafamiliar, el 76% corresponde a víctimas mujeres, de las cuales 2.738 son menores de 18 años.

En nuestra experiencia institucional, que contamos con programas de reparación de maltrato por violencia sexual, el 60,6% corresponde a niñas y adolescentes.

2. **Sobre políticas en materia de prevención del embarazo adolescente:** es importante destacar que no existen políticas estatales universales para ello. Le educación sexual que se imparte a nivel escolar, está entregada a cada establecimiento educacional de acuerdo a sus convicciones valóricas, y solo en la enseñanza secundaria. La segunda semana de octubre de 2020, el Congreso Nacional rechazó la idea de legislar un proyecto sobre educación sexual integral, que pretendía establecer programas para todas las escuelas, desde los cursos de párvulos. El gobierno del presidente Piñera, a través de la subsecretaría de educación parvularia, dependiente del Ministerio de Educación, no apoyó el proyecto, sosteniendo que aquello se trataba de un derecho de los padres, sobre cómo educar a sus hijos, y que no le correspondía al Estado establecer políticas en esta materia. Esta carencia es especialmente preocupante, porque recientes estudios han demostrado, que si bien el embarazo adolescente en Chile, en el promedio general, ha disminuido; lo cierto es que en los sectores económicamente más marginados, con menor capital cultural de las familias y nivel de escolaridad, éste es considerablemente más alto y va en alza⁴.
3. **Situación de niños/as huérfanos por femicidios:** no existe una norma que expresamente prohíba que el imputado o condenado por femicidio pueda ejercer el cuidado personal de sus hijos, tanto cuando se trate de la madre de los mismos u de otra víctima. De hecho, en el caso de niños/as cuyas madres han sido asesinadas por sus padres, se han entablado acciones judiciales para la revinculación de ellos con el femicida. Esto es un vacío, que se va regulando caso a caso, de acuerdo a la evaluación que hace el Tribunal del interés superior de estos niños y niñas, sin tener tampoco regulado cómo son representados judicialmente, más allá de las normas generales, que disponen que de oficio o a petición de parte, pueden ser representados por un abogado en calidad de curador.

⁴ Para mayor profundidad sobre este punto, ver: Lavanderos, Sebastián, Haase, Juan, Riquelme, Camilo, Morales, Andrea, & Martínez, Andrés. (2019). Embarazo Adolescente en Chile: Una mirada a la desigualdad sociodemográfica comunal. Revista chilena de obstetricia y ginecología, 84(6), 490-508.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262019000600490>