

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ*

(Boletín Nº 10.315-18, segundo trámite constitucional, mensaje de la expresidenta Bachelet, urgencia simple)

- **Descripción:** Este proyecto busca establecer un catálogo determinado de derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), con especial mención de los derechos establecidos en la Constitución y en la Convención de derechos del niño, así como también una serie de mecanismos que se les franquea para hacerlos efectivos o para que en definitiva sean garantizados. Lo que se llama “sistema de garantías de la niñez” consiste en un conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas en su conjunto —teóricamente— a garantizar los derechos de los NNA. Entre los mecanismos para garantizar estos derechos se incluyen los judiciales, incluso contra sus propios padres.
- **Valoración:** Sin duda el proyecto presenta puntos positivos. Por ejemplo, establece que los padres tienen responsabilidades preferentes respecto de sus hijos y compromete al Estado para proteger a los niños. Sin embargo, contiene muchos puntos en los que, a juicio nuestro, se pierde el enfoque acerca de qué es lo mejor para los niños. Entre otros elementos negativos o, al menos, cuestionables, consideramos relevante destacar los siguientes:
 - Enfoque en los niños como si fuesen adultos: El proyecto reconoce que los niños son *sujetos de derecho* (art. 6). Aunque esto a primera vista parece positivo, es completamente **innecesario**, porque esto es ya parte de nuestro ordenamiento jurídico y no requiere mayor fundamentación (basta con ver, en el art. 55 del Código Civil, la definición legal de persona: “todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”). Además, reconoce la *autonomía progresiva* (art. 7) de los niños y la *efectividad de los derechos* (aparece en muchos artículos; no se trata de algo problemático en sí mismo, pero se presta para interpretaciones equivocadas porque no se menciona el parecer de los padres respecto de la autonomía del hijo). También esto admite lecturas positivas, pero si tenemos en cuenta la definición que se da en el art. 10 del concepto de *interés superior del niño* (“*máxima satisfacción, integral de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1*”) y los límites que se dan a los padres (es decir, a la patria potestad; por ejemplo, en el art. 11 inc. 2, letra c. se dice que no se tomará en cuenta la opinión de los padres cuando sea improcedente, también el artículo 2 establece que la familia será uno de los principales obligados por esta ley), podemos concluir que los niños son vistos por el proyecto (no sin cierta ambigüedad) ‘como si fuesen adultos autónomos’. De hecho, el proyecto tácitamente establece libertad para los niños en materia de **identidad de género de los niños**, al tratar la no discriminación (al tratarse de niños, y no adolescentes, se tendría **desde cualquier edad** y con prescindencia de la voluntad de los padres, y lo mismo, dicho sea de paso, respecto de la **educación sexual integral, “de carácter laico y no sexista”**). Esto puede ser apoyado por ciertos sectores políticos, pero es muy relevante tenerlo presente. En el fondo, se busca igualar plenamente la autonomía de los niños, sobre todo relativa a su sexualidad y afectividad, con la de los adultos.

* Esta minuta fue redactada por Vicente Hargous (+56996615294 - vhargous@comunidadyjusticia.cl), con la ayuda de otros miembros del equipo ejecutivo de Comunidad y Justicia, en octubre de 2019.

Lo que se busca con el nombre de sujetos de derecho (que es una novedad en nuestra legislación) es **sustituir el actual paradigma tutelar de la relación padres-hijos por un paradigma autonómico**, bajo el pretexto de que los niños hoy serían objetos de derecho, y no sujetos. En realidad, **hoy son personas (i.e. sujetos de derecho), pero que requieren de guía, apoyo y tutela de sus padres hasta alcanzar la plenitud de su madurez.**

- Judicialización de la familia: Este proyecto judicializa las relaciones familiares más allá de lo razonable. Para los casos de violencia intrafamiliar, aun leves, la ley vigente ya contempla distintas medidas de protección en favor del niño. El proyecto establece el derecho de los niños **“el derecho a una representación [judicial] distinta de la de sus padres y/o madres o representantes legales en caso de intereses incompatibles”** (art. 46), además de la posibilidad de una tutela judicial efectiva (a cualquier costo) de los derechos del niño. **No consideramos razonable que la mayoría de los conflictos familiares se resuelvan en sede judicial**: la familia se rige por ley de mínimos (no debería buscarse que todas las familias sigan un modelo ideal único) y **el Estado debería intervenir para los casos más graves de conflictos (no en cada conflicto, por pequeño que sea**; basta con pensar en la relación que suele existir entre cualquier adolescente y sus padres). Si bien se eliminaron en la Cámara la mayoría de las partes del proyecto que establecían este paradigma de protección judicial, el proyecto mantiene ciertas disposiciones que estaban encaminadas a eso (**en ese sentido, el proyecto es un poco ambiguo y no es plenamente coherente en su finalidad**).
- Amplitud conceptual: en general, este proyecto constituye una declaración de derechos más o menos vacía de contenido, lo que da pie a que los tribunales sean quienes los doten de sentido. **El articulado es excesivamente amplio y no se observan muchas consecuencias prácticas y concretas**. Por el contrario, se dan funciones y atribuciones de carácter más bien abierto que **podrían llegar a interpretaciones parciales, cuya naturaleza es imposible determinar con antelación**. Si se pretende de verdad contribuir a mejorar la situación actual de la infancia en Chile, este proyecto no representa el camino a seguir. Es más, **ya existe un proyecto que sí establece medidas concretas para ayudar a los niños de Chile, que es el de Protección Especializada de la Niñez, el cual fue despachado ya del Congreso**.
- Otras críticas: Es importante señalar que en el articulado se observan alusiones de redacción a realidades aún no reconocidas e incluso negadas por nuestra legislación, como los padres y las madres, asumiendo así, que los menores **no tienen solo un padre y una madre, sino varios, y que pueden ser del mismo o diferente sexo. Utilizar este proyecto para reconocer esa situación legalmente nos parece insostenible, toda vez que el objetivo es reconocer y proteger los derechos de los niños, y no la de los adultos a ser reconocidos como padres o educadores**. Es importante hacer ver este punto, toda vez que **en Chile la filiación homoparental no es legal**, y que por otro lado en este mismo proyecto se establece que los padres y las madres tendrían responsabilidad preferente. **Por tanto, esto podría dar pie a una interpretación según la cual este proyecto sería una legalización tácita de**

la filiación de niños bajo cuidado de parejas del mismo sexo¹.

- **Conclusión:** Aunque existe un consenso a nivel técnico en materia de infancia en que se requiere una ley marco que regule las normas relativas a los niños, no pensamos que sea esta la ley marco más adecuada. A pesar de haberse modificado en la Cámara bastantes aspectos relevantes, susceptibles de críticas semejantes a las que aquí formulamos, **subsiste un paradigma que no es bueno para la infancia en Chile:** los NNA no son adultos plenamente autónomos —y negar razonablemente ciertas libertades no constituye una negación de su personalidad—, sino personas en desarrollo, que requieren de la tutela, compañía, formación y orientación de sus padres, hasta adquirir plena madurez. Por otro lado, **no creemos pertinente que el Estado se inmiscuya en aspectos de índole doméstica, salvo que exista maltrato u otras situaciones gravísimas y condenables (y que ya están contempladas en la legislación vigente).** Lo que se necesita es dar publicidad a la normativa que ya existe y establecer legalmente medidas concretas para proteger la infancia (como ocurre en gran parte del articulado del proyecto de Protección Especializada de la Niñez), cosas que no están contenidas en este proyecto. Además, dado que la cantidad de modificaciones que se deberían hacer son tantas y de tal profundidad, **creemos que no basta con presentar indicaciones, porque es improbable que se aprueben y porque el enfoque mismo del proyecto no es adecuado.** Por tanto, **creemos que lo mejor es votar en contra en la votación en general del proyecto.**

¹ Es cierto que parecería una conclusión apresurada y muy distante, pero la fertilización in vitro se autorizó en Chile mediante cambios legales semejantes, sin una ley que la regule a cabalidad o la autorice expresamente.