

**Exposición sobre Proyecto de Ley que establece un Sistema de Garantías de los
Derechos de la Niñez, Boletín N° 10.315-18
Santiago, junio 21 de 2020¹.**

Honorable Comisión Especial encargada de tramitar proyectos relacionados con los niños, niñas y adolescentes.

Honorable Presidente, Senadora Ximena Rincón González.

Honorables Senadores miembros de la Comisión.

Presentes.

Muy buenas tardes.

Agradezco la invitación y oportunidad de poder exponer ante ustedes.

Mi nombres es Álvaro Ferrer. Soy Director Ejecutivo de Comunidad y Justicia, Corporación que desde hace 8 años realiza una defensa de los derechos humanos en sede jurisdiccional, legislativa y académica. Para nuestra Corporación es un privilegio y un deber poder exponer nuestras inquietudes en relación al Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez.

Vengo ante ustedes en representación de nuestra Corporación, pero también como académico –soy profesor en la Universidad Católica, en la Universidad de los Andes y en la Universidad Finis Terrae– y, ante todo, como padre de familia, con 15 años de matrimonio y 6 hijos, experiencia en la que he aprendido de manera encarnada que no hay mayor bien para los padres que el bien de sus hijos. Esta será la premisa fundamental de mi exposición.

Quisiera comenzar agradeciendo a los Honorables Senadores su trabajo y esfuerzo para mejorar este Proyecto de Ley. Hemos sido testigos de la polémica que ha acompañado la tramitación del mismo, y por eso es de justicia reconocer, valorar y agradecer su empeño para introducirle mejoras necesarias. Muchas gracias.

No es mi intención realizar comentarios sobre cada artículo del proyecto. El tiempo no lo permite. Pretendo, más bien, aprovechar la oportunidad para comentar mi inquietud sobre algunas cuestiones centrales.

Este Proyecto de Ley, como cualquier otro, responde siempre a una particular y nunca neutra concepción sobre la persona humana. Lo que digo es una obviedad, pero conviene reparar en ella. Es la cuestión antropológica y ética.

¹ Elaborada por Álvaro Ferrer, Director Ejecutivo de la Corporación Comunidad y Justicia.

¿Qué tipo de niño es el que promueve este proyecto de ley?

¿Qué tipo de padres asume?

¿Cómo comprende a la familia y las relaciones entre sus miembros?

Tales concepciones, ¿se ajustan a la realidad? ¿Promueven el Bien Común?

Estas y muchas otras son las preguntas que espontáneamente surgen al revisar y analizar este proyecto. Y asimismo, surgen ciertas respuestas que conviene poner sobre la mesa. Veamos:

Partamos por el fin: dice el artículo 1 que el objeto de la ley es la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. *¿Qué es lo realmente garantizado y protegido?* ¿La persona que es niño, niña o adolescente o, en cambio, el ejercicio efectivo y goce pleno de sus derechos? El tenor literal es claro. La respuesta se confirma si seguimos leyendo:

Para el logro de ese fin (artículo 2), la ley mandata a la familia, al Estado, a toda la sociedad, respetar, promover y proteger los derechos. Toda persona, institución o grupo debe respetar y facilitar el ejercicio de los derechos de los niños.

En seguida, el derecho y deber preferente de los padres a educar debe ejercerse mediante la *orientación y dirección apropiadas para que los niños puedan ejercer sus derechos*. Lo mismo se dice en el artículo 7.

Por cierto este derecho y deber preferente, como establece el artículo 8, *debe siempre atender al interés superior de los niños*. Y este interés superior, según dispone el artículo 11, se entiende como *la máxima satisfacción integral de los principios, derechos y garantías* reconocidos en virtud del artículo 1, esto es, *el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos*. Indicativo de lo mismo es que el primer elemento que el juez ha de considerar para determinar el interés superior del niño en el caso concreto sean *sus derechos actuales o futuros* (artículo 11 letra a).

En coherencia con ello, el proyecto dispone (artículo 3) que serán *reglas de interpretación* de las leyes y normas reglamentarias referidas a la garantía, restablecimiento, promoción, prevención, participación o protección de los derechos del niño, niña o adolescente, *los derechos y principios* contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en esta ley. Es decir, el ejercicio efectivo y el goce plenos de los derechos han de interpretarse *a la luz de otros tantos derechos*, y de la perspectiva de género... (artículo 14)

Lo que sigue es, precisamente, un *elenco de derechos*: a la inclusión; a la atención prioritaria; a la participación social; a la difusión de sus derechos; a la protección social; a la progresividad y no regresividad; a los derechos civiles y políticos; al derecho a la vida; a un nivel de vida adecuado; a la identidad; a vivir en familia; a la indemnidad sexual; a ser oído; a la libertad de expresión y comunicación; a la libertad de conciencia, pensamiento y religión; a la libertad de asociación y

reunión; a la vida privada y protección de datos personales; a la honra, intimidad e imagen; a la información; etc.

Ciertamente podemos discutir mucho sobre el contenido de cada uno de esos derechos, sobre la posibilidad cierta de que el Estado pueda garantizarlos materialmente, sobre su redundancia en relación a otros cuerpos legales que ya los refieren.

A efectos de esta exposición omitiré esos comentarios, e incluso asumiré estar de acuerdo con dicho elenco de derechos –aunque no lo estoy–. La verdad, ¿quién podría oponerse a que los niños sean protegidos de manera tan omnicomprensiva?

Y, sin embargo, la cuestión no es tan sencilla.

Pensemos, imaginemos, proyectemos –pues la providencia es parte integral de la prudencia legislativa– e intentemos ver a ese niño que ejerce efectivamente y goza plenamente cada uno de tales derechos. Miremos al “niño símbolo” en que se realiza el objeto de esta ley. Les diré lo que veo: veo a un niño no muy contento ni verdaderamente realizado.

Veo a un niño empoderado, seguro de sí mismo, consciente de su lugar y prerrogativas. De sus fronteras. De los ámbitos donde es soberano. De lo que puede hacer; de su *poder*. frente al Estado, a terceros, *frente* a su familia.

Veo a un niño capaz de repetir y vivir en función de aquel eslogan: *tu libertad termina donde empieza la mía*. Lo veo blandiendo esa espada a los cuatro vientos, frente a cualquiera, especialmente frente a quien se le presente como autoridad.

Y es esta paradoja la que me inquieta: la realización de la ley no es coincidente con la realización humana de ningún niño. Por cierto, la razón es, como ya anuncié, antropológica y ética.

Daré tres razones.

Primero, respecto del fin: la realización de la persona humana no se agota en tener muchos derechos, ni en su reconocimiento y garantía.

Es verdad que la persona y sólo ella es sujeto de derechos. Pero la persona es, ante todo, sujeto de deberes. La ley no debe olvidar esta cuestión esencial. Debe recordarla y promoverla. Nadie es justo por tener derechos, reclamarlos y ejercerlos, sino por respetar los del prójimo y dar a cada cual lo suyo. La justicia no es exigir, es dar. Quien vive en función de reclamar y exigir sus derechos, de ejercerlos efectivamente y gozarlos plenamente, poco a poco se aísla de los demás y se convierte en un tirano.

La antropología subyacente a este proyecto, expresa en sus normas, es contraria a la virtud. No por hacerla imposible o prohibirla, sino por conducir y promover algo muy distinto: el sujeto autónomo, realizado por el goce de sus derechos. La realidad es distinta: la realización existe por y en la relación con los demás y el cumplimiento de los deberes. Esto se aprende en la familia: donde todos somos responsables de todos y cumplimos nuestra responsabilidad no al

reclamar nuestros derechos, sino al darnos con benevolencia, al vivir la amistad, muchas veces renunciando al ejercicio de tal o cual derecho.

Segundo, respecto a los medios: este, como tantos otros elencos de derechos propios de la modernidad, se fundan en un reduccionismo de la libertad humana, entendida como inmunidad de coacción. Soy libre mientras hago lo que quiero en aquel espacio donde nadie interviene. Como dice el jurista francés Grégor Puppink en su reciente libro titulado “Mi deseo es la ley”: *“Los derechos humanos así entendidos deberían llamarse “los derechos del individuo contra todos”, porque funcionan según el principio liberal e individualista de la primacía del bien particular sobre el bien común. Su propósito es defender por principio la libertad individual indeterminada contra los obstáculos sociales. Estos obstáculos son cualquier cosa que limite la capacidad de los individuos para actuar desde el exterior: no solo los reglamentos públicos y su aplicación por las autoridades, sino también las normas religiosas, sociales y culturales. La familia, con las normas sociales que la definen, se considera el primer impedimento a la libertad individual porque educa y, por tanto, condiciona a la persona”*. Ya diré algo sobre la familia.

Nótese, además, la siguiente paradoja que conlleva este elenco de derechos junto al sistema para promoverlos y garantizarlos: el sujeto autónomo depende cada vez más del Estado garante, que es quien decide cuáles son esos derechos, cómo deben entenderse, ejercerse, reclamarse y protegerse.

Tercero, sobre la familia y derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos: según ya refería, el proyecto reconoce y garantiza este derecho deber de los padres, pero de un modo muy particular: subordinado al interés superior de los niños -lo que está perfecto- pero entendiendo éste no como su bien sino como el ejercicio y goce de sus derechos, lo que está muy mal.

A este propósito resulta elocuente que para la determinación del interés superior, la opinión de los padres sea sólo un elemento a considerar y no un criterio rector y fundante. Y es que *todo lo que se mide, se mide según alguna unidad de medida*. Los criterios enunciados en el artículo 11, a su vez, dependen también de una particular concepción y comprensión del niño y su bien. Se produce el absurdo lógico según el cual el contenido del interés superior se determina a partir de criterios donde ese mismo contenido ya está determinado... Poco importaría este razonamiento circular si no revelara una concepción y comprensión del niño como simple individuo, no como hijo.

¿Qué tiene de preferente el derecho y deber de los padres a educar si se lo reduce a un factor más entre muchos? ¿Qué tiene de preferente –aún cuando se diga que el Estado debe respetarlo, promoverlo y protegerlo– si se lo comprende como una facultad de orientación y guía?

¿A esto se reduce la educación? ¿A guiar y orientar?

¿Qué pasó con aquel clásico conducir y promover?

Esto es muy importante: los padres han de educar, y educar es conducir y promover el bien, la virtud. Es lo que todos los padres aspiramos naturalmente: que nuestros hijos sean las mejores personas posibles. Buenas personas. Honestas, trabajadoras, generosas, responsables,

modestas, moderadas, fuertes, justas. Prudentes. Estén donde estén, hagan lo que hagan, en cualquier circunstancia.

La educación de los hijos se sintetiza en que éstos sean *prudentes* y, una vez que lo sean, habiendo logrado la recta autonomía de su conducta, podrán valerse por sí mismos, podrán emanciparse. El fin de la educación es la *madurez moral de la persona*, verdadera mayoría de edad ética. Como dice Platón, "*aprender a alegrarse y dolerse como es debido, en esto consiste una buena educación*".

La cuestión es que la prudencia, en tanto virtud, es un hábito, un modo de ser. No es una ciencia ni un arte o técnica. Esto implica dos dificultades relevantes para la cuestión que tratamos:

Primero, su adquisición requiere *experiencia*, porque en las acciones humanas es necesario deliberar y juzgar a partir de ella.

Segundo, requiere *que la pasión ceda el paso y se subordine a la razón*.

Pues bien, como advierte Aristóteles, ordinariamente en los jóvenes no se da ni lo uno ni lo otro: no tienen experiencia, por su edad, y por ésta, asimismo, actúan más movidos por el placer que por la razón. Si no se da en los jóvenes, con mayor razón tampoco en los niños e infantes.

Es decir, la infancia, niñez y juventud constituyen una etapa de la vida en que el fin de la educación difícilmente podrá alcanzarse de modo perfecto. Por ello es indispensable que durante toda esa etapa los niños sean educados por sus padres: conducidos y promovidos al estado de virtud, al de personas prudentes. Esto prueba y justifica el derecho natural y *permanente* de los padres a educar a sus hijos (que, de hecho, se extiende por toda la vida).

Educar requiere conducir y promover, según lo dicho, y esto en forma adecuada al uso de razón de los hijos. Así, es obvio que cuanto menor es su uso de razón, menor es la eficacia del consejo, o la mera orientación y guía. Es la orden o mandato el medio racional y adecuado para educar. Por eso es que cuanto menores son los hijos es tanto más necesaria e importante la *disciplina*. Conforme crezcan y tengan mayor uso de razón, los consejos sustituyen a las órdenes. Es decir, la obediencia es la que paulatinamente conduce a la prudencia porque los niños aprenden y se habitúan a *actuar conforme a una regla y medida que no es su pura voluntad o capricho*. Obedecer constituye la esencia de la formación moral. La panacea de la autonomía, en cambio, la destruye.

En síntesis: al obedecer, los hijos son conducidos al bien que, por su falta de perfección racional, aún no pueden acceder por sí solos; colaboran con el bien común familiar; y, siempre, se habitúan a seguir una norma distinta a su mero arbitrio. Por ello es que el deber de obediencia de los hijos a sus padres es *indispensable* para su educación, para su virtud. Con mucha razón así lo reconoce el Código Civil.

Con estas sencillas consideraciones salta a la vista que la concepción subyacente de individuo autónomo, fortalecido por un amplio elenco de derechos garantizados, se aleja del fin de la educación y, en la práctica, diluye el derecho y deber preferente de los padres a educar a

sus hijos relegándolos a meros consejeros cuya opinión es un simple elemento más a considerar. Esto, honestamente, me parece inaceptable y conlleva, a mi juicio, un serio problema de constitucionalidad.

En síntesis, este proyecto de ley se inspira en la necesaria protección jurídica que requieren y merecen los niños, pero asume una antropología nada de neutra que, a mi juicio, dificulta ese objetivo: priman los derechos sobre los deberes; reduce los derechos y la libertad de los niños a la mera inmunidad de coacción; diluye el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos a una simple orientación y guía donde el deber de obediencia de los niños brilla por su ausencia.

Por estas razones, vuelvo a agradecer el esfuerzo y trabajo de los Honorables Senadores para mejorar este proyecto de ley.