

Proyecto de Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez: Sistemas locales y de protección administrativa



1. Introducción

La presente nota de incidencia realiza recomendaciones al proyecto de Ley (Boletín 10.315-18) de Protección Integral de los Derechos de la Niñez. Esto de cara a las indicaciones realizadas por el actual gobierno al texto, con particular énfasis en los elementos relacionados a las instituciones públicas locales y la consolidación de un sistema de protección administrativa.

Para el logro de este objetivo se genera una reflexión en torno a dos áreas: la institucionalidad local y la arquitectura de procesos de protección administrativa. En el primer ámbito se destaca la necesidad de generar sistemas locales que permitan una coordinación de redes coherente y unificada, con integración a las políticas estratégicas nacionales, regionales y locales. En el segundo ámbito se enfatizan elementos que deben considerarse en los procesos de adopción de medidas o acciones de protección en fases de diagnóstico, planificación y seguimiento.

Luego de la revisión técnica y comparada, se realiza una propuesta sobre la institucionalidad y normativa necesaria para la consolidación de éstos elementos abordados, realizando recomendaciones específicas de cara al proyecto de ley, debatido actualmente en el Senado.

2. Institucionalidad local de niñez y adolescencia

Uno de los elementos centrales de la constitución de un nuevo sistema de protección integral de los derechos de la niñez es la materialización de un sistema de protección administrativa que funcione con las facultades y capacidades suficientes para el despliegue de planes, acciones o medidas que protejan los derechos de los niños, niñas y adolescentes del país.

Hoy, la materialización de las acciones de protección tiene un alto nivel de judicialización. El ingreso a programas ambulatorios de protección especializada del Sename requiere de una derivación judicial. La separación del niño o niña de su familia es de exclusiva facultad del Poder Judicial.

Se carece en el territorio de un proceso que respete una metodología de intervención integral que esté por sobre la judicialización. Se requieren potenciar las facultades y procesos administrativos que permitan la gestión de casos enfocada

en el interés superior de cada niño y niña, con articulación de distintos servicios públicos. El Poder Judicial debiera tener un rol distinto, de control y contrapeso del mismo proceso administrativo, con participación exclusiva en casos donde sea estrictamente necesario.

Ello debe funcionar dentro de plazos y criterios de funcionamiento adicionales a los del marco administrativo general, y que sean pertinentes a la especificidad de éste, **respetando principios como la intersectorialidad, coordinación, progresividad, interculturalidad, desconcentración, flexibilidad, voluntariedad, atención, eficiencia y eficacia.**

Este procedimiento administrativo debe tener la potestad legal para asegurar la protección de los derechos y la obligación de todos los órganos estatales para responder a ello y asistir a instancias de trabajo local. Esto debe ser reflejado en un mandato legal expresamente establecido, en donde se transfieran dichas facultades a un órgano de expresión local, mediante gestores de casos, que puedan tomar decisiones en pertinencia y dar seguimiento a todos los casos de manera integral.

Ahora bien, **¿cómo se lleva esto a la institucionalidad local en el contexto chileno?** La experiencia comparada (tabla 1) al respecto es clara, mostrando un alto nivel, primero, de descentralización y **dos niveles de funcionamiento: un nivel estratégico y otro de adopción de acciones.**

El primer nivel es para el ordenamiento de lo estratégico y político a nivel local, la elaboración de políticas y estrategias, así como la coordinación final de la gestión de todas las redes de manera coherente y no duplicada. Este primer nivel, tiene diversos arreglos de inserción dentro de la estructura municipal o local, algunas diferenciadas institucionalmente o insertas dentro de los sistemas locales de protección social.

Un segundo nivel que destaca es para la existencia de sistemas específicos para implementación especializada de procedimientos de protección y la ejecución de acciones y/o medidas de protección de acuerdo a diferentes garantías disponibles, tanto de manera directa, como en otros marcos legales. Destacan organismos como Comités, Consejos, Juntas o Comisarías.

Es clave tener en cuenta esta tendencia de diseño de los sistemas en otros países. Un primer aspecto es que **la gestión de red, que es finalmente la intersectorialidad llevada a territorio junto a otros organismos territoriales, sea capaz de funcionar de manera coordinada y coherente.** En la actualidad, los sistemas públicos locales suelen tener una alta insularidad a la hora de gestionar las redes, existiendo instancias y mesas paralelas de coordinación y rotación excesiva de los equipos. La institucionalidad de infancia a nivel local varía según cada Municipio, existiendo

diferentes estructuras y formas en como las Direcciones de Desarrollo Comunitario, Oficinas de Protección de Derechos y el Subsistema de Protección Integral Chile Crece Contigo se coordinan en el territorio.

Es clave que la institucionalidad local tenga una instancia específica y clara, a nivel estratégico y político, de coordinación de las redes en general como sistema unificado, teniendo herramientas de elaboración de políticas y planes especializados, con participación de la sociedad civil y los propios niños y niñas. Esto es clave para tener una política local que sea estable y coordinada, además de **generarse equipos entre las redes que se conozcan y creen marcos de confianza entre sí, evitando la impersonalización de la gestión o la pérdida de comunicación entre los diferentes sistemas y actores que operan en el territorio.**

Por otro lado, también es prioritaria la constitución de instancias especializadas, con soportes claros de manejo de información (expediente único de casos) que contengan los procedimientos de protección, las cuales deben indagar e investigar las posibles alertas o vulneraciones de derechos recibidas por el resto de la oferta pública (sistema de alerta, seguimiento trayectorias). Y en base a un modelo de intervención establezca las medidas administrativas necesarias en torno a un Plan de Caso integrado y de seguimiento coordinado a todas las redes involucradas en la intervención de las familias y niños y niñas.

TABLA 1: SISTEMAS PÚBLICOS LOCALES EN INFANCIA EN PAÍSES DE AMERICA LÁTINA

País	Política y coordinación	Procedimientos Protección
Bolivia	La legislación boliviana dispone la existencia de una “Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia” como “instancia propositiva, consultiva y fiscalizadora de las políticas y acciones de protección”.	Se dispone de la existencia de “Defensorías de la Niñez y Adolescencia” , como servicio municipal gratuito a cargo de la protección y defensa socio jurídico dependiente de cada gobierno municipal.
Brasil	Se dispone la existencia de “Consejos de Derechos” que son órganos a cargo de la formulación de políticas de promoción, protección y defensa de los derechos de los niños y niñas, vigilar su cumplimiento y darle seguimiento a los presupuestos a nivel federal, estatal y municipal.	Establece la existencia de “Consejos Tutelares” , en cada municipio órganos autónomos y permanentes encargados de velar por el cumplimiento de los derechos en el contexto de las medidas de protección. Sus miembros son elegidos por los ciudadanos.
Colombia	Se establece que los Consejos de Política Social serán los órganos a nivel departamental, municipal y distrital a cargo del diseño, ejecución y evaluación de las políticas en niñez.	Se establece la existencia de Comisarías de Familia , entidades distritales, municipales o intermunicipales que tienen la misión de garantizar y restablecer los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.

Costa Rica	La legislación de Costa Rica, establece que las Juntas de Protección a la Niñez y la Adolescencia actúan como órganos locales de coordinación y ejecución de las políticas públicas en el contexto del Sistema de Protección Integral.	Se dispone el funcionamiento de Comités Tutelares de los derechos, órganos locales a cargo de colaborar y velar con la atención de la niñez, y funcionar como centro de mediación en la resolución de conflictos.
Ecuador	La legislación ecuatoriana establece que la existencia de Consejos Cantonales de Niñez y Adolescencia encargados de elaborar y proponer políticas al Concejo Cantonal que es de nivel municipal.	Se establece la existencia de Juntas Cantonales de Protección de Derechos como órganos de nivel operativo y con autonomía administrativa y funcional. Estas juntas pueden disponer de medidas administrativas, vigilar su ejecución e interponer acciones judiciales.
República Dominicana	Delega la función al Directorio Municipal para la adaptación de políticas públicas. Estas son asesoradas por las Juntas Locales de Protección, así como por Oficinas Municipales a cargo del apoyo técnico.	Establece la existencia de Juntas Locales de protección y restitución de derechos descentralizadas. Estas pueden actuar de oficio y ordenar medidas de protección.
Venezuela	La legislación venezolana establece la existencia de Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a cargo de la elaboración del Plan Municipal para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes en línea con el Plan Nacional.	Se dispone la existencia de Consejos de Protección del Niño y del Adolescente en cada municipio, con la función de asegurar la protección en caso de amenaza o violación de los derechos a partir de medidas de protección que no implican separación.

Fuente: En base a (Morlachetti, 2010) actualizado

3. Procesos de protección a nivel local

La definición de la arquitectura de procesos de protección tiene diferentes capas (Barros, 2015, pág. 226). En este ámbito hay una dimensión general y otra más relacionada al modelo de intervención propiamente tal. Tener claro -a la hora de diseño- la diferenciación de ambas es clave para consolidar una gobernanza local con dinamismo suficiente entre la estructura tomadora de decisiones y el nivel de implementación (Kooiman, 2004), fijando los procedimientos y capacidades centrales a necesitar, pero a la vez permitiendo tener una organización adaptativa, con la capacidad de asumir beneficiarios heterogéneos con capacidad para adaptarse a diferentes situaciones de manera flexible (Cohen & Franco, 2007, págs. 132 - 133).

Un primer nivel de la arquitectura de procesos guarda relación al proceso administrativo general y materializa en la práctica las fases convencionales de la intervención social: diagnóstico, planeación y seguimiento, claves de la intervención social (Aguilar, 2013).

En primer término, la experiencia comparada (tabla 2) muestra legislaciones que sí regulan, con diferente nivel de detalle, las causales de protección. La tabla también expone diferentes formas de abordaje que tienen los sistemas de protección comparados para llevar a cabo estos procedimientos. Por ejemplo, en Ecuador, destaca la posibilidad de audiencias, en sede administrativa, para alegatos verbales en un contexto conciliatorio. En general, se destaca la necesidad de reunirse con todas las partes: familias y niños y niñas, como funciones claves.

Un segundo nivel de la arquitectura de procesos guarda relación con la materialización de un modelo de intervención, el cual deriva de un enfoque teórico determinado hacia un método específico (Aguilar, 2014, pág. 76). Este nivel finalmente establece los procedimientos de decisión e intervención, y que en un contexto de gobernanza dinámica debiesen ser descentralizados, bajo estándares fijados en capacidades que permitan la toma de buenas decisiones.

Centrándose en el ámbito de protección especializada, siempre teniendo en cuenta que ella es constituyente de la protección integral, el modelo debiese basarse en la protección reforzada del derecho a vivir en familia. Por lo tanto, debiese existir un criterio de intervención que prevalece o prioriza la intervención con la familia de origen y el uso de la separación y la institución como medidas temporales y de último recurso, esto hasta llegar, según el interés superior del niño o niña, a adoptar la decisión de separarlo de su medio familiar (Ver ilustración de ejemplo 1).

Esto lleva consigo un marco decisional que es dinámico y complejo, que depende de los avances con las familias, niveles de gravedad de las vulneraciones, su entorno, la capacidad de la protección social de intervenir y el propio interés superior del niño/a.

TABLA 2: ACTIVIDADES EN FASES DE DIAGNÓSTICO PLANIFICACIÓN SEGÚN PAÍSES

Caso	Causales de protección	Diagnóstico	Planeación y medidas
<p>Brasil (Ley N°8069 Estatuto del Niño y del Adolescente)</p>	<p>El artículo N° 98, establece que las medidas de protección son aplicables siempre cuando los derechos son reconocidos en esta ley sean amenazados o violados; ya sea por acción u omisión del Estado, de los padres o en razón de su conducta. El Estatuto no establece un catálogo codificado separado, más que los mismos derechos mencionados en su catálogo genérico.</p>		<p>Establece un conjunto de tipos de medidas que pueden ser aplicadas conjunta o aisladamente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Encaminamiento a los responsables. 2. Orientación y seguimiento temporal. 3. Matrícula y asistencia escolar obligatoria. 4. Inclusión en programa oficial. 5. Solicitud de tratamiento médico. 6. Inclusión en programa de auxilio y tratamiento de drogas. 7. Abrigo en entidad (como forma provisoria y excepcional). 8. Colocación familia sustituta.
<p>Colombia (Código de Infancia y Adolescencia, 2006)</p>	<p>El Código establece en su Artículo N°20, 19 causales de protección, no diferenciando causales del derecho a la protección: abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus cuidadores; explotación económica, consumo de sustancias, abuso sexual, secuestro, venta y trata, reclutamiento grupos armados, tortura, situación de calle, trabajo infantil, contagio enfermedades infecciosas prevenibles, riesgos de desastres, minas antipersonales, transmisión VIH y vulneración de patrimonio personal.</p>	<p>El Código de Colombia, establece los siguientes hitos principales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Apertura de la investigación. • Posibilidad de audiencia de conciliación. • Facultades administrativas para práctica de pruebas fuera de su sede y multas por impedimento. • Entrevista con el niño o niña. • Posibilidad de allanamiento y rescate por urgencias. • Determinación de medidas de restablecimiento de derechos. 	<p>Instaura "Medidas de restablecimiento de los derechos", que tienen como objeto la restauración de la dignidad e integridad de los sujetos y de la capacidad para ejercerlos.</p> <p>Las medidas contempladas son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Amonestación. 2. Retiro de los niños o niñas. 3. Ubicación inmediata en medio familiar. 4. Ubicación en centros de emergencia Adopción.
<p>Costa Rica (Código de la Niñez y</p>	<p>El Código establece en su Artículo N°130 que las medidas serán aplicables siempre que los derechos reconocidos en este Código sean</p>	<p>Establece en su Artículo N° 132 que las denuncias iniciarán un proceso, en la cual el Patronato Nacional de la Infancia deberá</p>	<p>El artículo N° 135 y 136 establece diversos tipos de medidas para la familia, cuidado, medidas para padres y responsables, patronos o</p>

Adolescencia de Costa Rica)	amenazados o violados por una de las siguientes causas: a) Acción u omisión de la sociedad o el Estado. b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables. c) Acciones u omisiones contra sí mismos. Cabe destacar que el Capítulo que contiene este artículo se denomina como "Proceso especial de protección".	constatar la situación, escuchar a las partes, recibirlas y luego dictar las medidas.	funcionarios públicos. Establece un conjunto de resguardos para su adopción.
Ecuador (Código de la niñez y la adolescencia, 2003)	El Código del Ecuador establece diversas causales para la adopción de medidas, pero específicamente el Título IV del marco legal es en donde se mencionan medidas contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida y trabajo infantil.	El Código Ecuatoriano establece los siguientes hitos principales: <ul style="list-style-type: none"> • Posibilidad de audiencias para alegatos verbales de las partes y procuración de conciliación. • Audiencia de prueba. • Resolución y mecanismos de impugnación. • Establecimiento de plazos máximos para procedimiento administrativo. 	Establece diversas medidas referidas en el artículo N° 79 para este tipo de causales: <ol style="list-style-type: none"> 1. Allanamientos. 2. Custodia familiar o acogimiento. 3. Boletas de auxilio. 4. Amonestación a agresor. 5. Inserción de agresor a programas. 6. Orden de salida de agresor de vivienda. 7. Prohibición de acercamiento y proferir amenazas. 8. Suspensión a agresor de tareas y de entidades. 9. Participación del agresor en formaciones. 10. Seguimientos. Establece, además tres tipos de medidas para el trabajo infantil. <ol style="list-style-type: none"> 1. Orden de separar al niño o niña de actividad. 2. Inserción del niño o niña a programa de protección. 3. Separación temporal de niño o niña de medio familiar.

<p>España (Ley Orgánica 1/1996) de Protección Jurídica del menor</p>	<p>Considera factores de situación de riesgo y desamparo. Las situaciones de riesgo, según el Artículo N° 17, son cuando el menor es perjudicado en su desarrollo, bienestar o derechos, que no implican desamparo o tutela, “para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.</p>		<p>El artículo N° 12 plantea que la protección de los menores se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, establecimiento de servicios, ejercicio de guarda y tutela.</p>
<p>Francia (Ley sobre protección de menores en peligro 2007)</p>	<p>La ley francesa especifica que una información preocupante relativa a la situación de los niños y niñas es aquella en que se presume peligro, riesgo de peligro y pueda necesitar ayuda. Distingue también medidas de “protección social” de aquellas judiciales. Entre los elementos de inquietud se incluyen ámbitos relacionados a condiciones cotidianas hostiles a su desarrollo, necesidades básicas de desarrollo físico, afectivo, intelectual y social insuficientemente tomados en cuenta, sanidad, seguridad, moralidad y autonomía no preservadas, relaciones perturbadas entre niños y padres, dificultades de movilización de los padres con respecto a sus hijos, el contexto familiar y el entorno que no favorezca el desarrollo del niño.</p>	<p>Órganos locales denominados “Consejos Generales” reciben denuncias e inician un proceso de evaluación para distinguir distintos tipos de medidas.</p>	<p>Existen medidas de urgencia, de tipo social y judicial (para patria potestad). En los casos de menores en peligro en donde la protección social no haya sido suficiente o por rechazo de la familia, se inicia proceso judicial.</p>
<p>México (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2014)</p>	<p>México establece medidas para protección de diversos tipos de vulneración de derechos. Sin embargo, también plantea la existencia de “medidas urgentes de protección especial” cuando exista un riesgo inminente contra la vida, integridad o libertad de los niños o niñas.</p>	<p>La Ley de México, en su artículo N° 123 plantea que “para solicitar la protección y restitución integral de derechos” deben, luego de recibir la notificación de casos, reunirse con la familia e identificar concretamente los derechos vulnerados.</p>	<p>El artículo N° 123 plantea la elaboración de un “Plan de Restitución de derechos”. Solicita acciones de coordinación y seguimiento a este plan. Asimismo, su Artículo N°122 establece diversas medidas de derivación de los niños y niñas y sus familias a prestaciones y plantea que el órgano local deberá dar seguimiento a las medidas de protección. Las medidas para</p>

			“protección especial” son el ingreso de un caso a un Centro de Asistencia Social y su atención médica inmediata.
Uruguay (Código de la niñez y la adolescencia, 2010)	Establece en su artículo 117 que siempre que los Derechos reconocidos a los niños y niñas en su Código se aplicaran medidas de protección. También el Artículo N° 15 del Código establece diversas causales que nombra expresamente como protección especial. Entre ellas incluye: Abandono, abuso sexual o explotación de la prostitución, trato discriminatorio, hostigamiento, segregación o exclusión en los lugares de estudio, esparcimiento o trabajo; explotación económica o cualquier tipo de trabajo nocivo para su salud, educación o para su desarrollo físico, espiritual o moral; tratos crueles, inhumanos o degradantes; estímulo al consumo de tabaco, alcohol, inhalantes y drogas; situaciones que pongan en riesgo su vida o inciten a la violencia, como el uso y el comercio de armas; situaciones que pongan en peligro su seguridad, como detenciones y traslados ilegítimos; situaciones que pongan en peligro su identidad, como adopciones ilegítimas y ventas; incumplimiento de los progenitores o responsables de alimentarlos, cuidar su salud y velar por su educación.	El Artículo N°118 del Código Uruguayo establece que las primeras diligencias (en este caso por un Juez) se deberá tomar declaración del niño o adolescente, así como de las partes judiciales.	El Código Uruguayo establece medidas para padres o responsables (llamadas de atención, orientación, obligaciones y derivaciones a prestaciones); medidas ambulatorias para niños o adolescentes; derivaciones de estos a programas de atención médica, medidas de internación sin conformidad del niño; medidas de tratamiento por consumo de drogas; y, por último, la derivación de niños de atención a acogida familiar temporal, o, como último recurso, a centros de atención permanente.

Fuente: elaboración propia a partir de marcos legales internacionales

3. Cuatro pilares para la consolidación de una institucionalidad local y protección administrativa de verdad

En base a lo anterior, es posible determinar que cuatro pilares a incidir en esta discusión:

Pilar 1: Un sistema de protección integral de derechos

La protección especializada no debe funcionar de forma aislada a la protección integral de derechos: forma parte de ésta. Por lo tanto, la constitución de un sistema de protección integral debe ser el punto de partida, con capacidades claras para la coordinación y ejecución de políticas a nivel nacional, regional y local que garanticen y hagan exigibles todos los derechos de la niñez.

Un sistema de protección integral cuenta con garantías claras a diferente nivel que responsabilizan al Estado en su rol de garante principal de respetar, cumplir y proteger los derechos de la infancia. Estas garantías reducen la brecha entre la expectativa del derecho como status y la realidad, transformándolas en acciones e instancias claras a nivel regulatorio, organizacional y programático que permitan materializar en efecto los derechos de la infancia.

Esto debe generarse en torno a una política pública que haga promoción de derechos, prevención, así como seguimiento y apoyo a las trayectorias de los niños y niñas y sus familias. Con esto como base, se deben activar, mediante alertas y derivaciones de los distintos actores, además de los propios ciudadanos, los procedimientos de protección pertinentes con garantías administrativas, programáticas y judiciales claras, a distintos niveles de protección. En esto es clave considerar y fortalecer, la consideración y fortalecimiento de la institucionalidad normativa y local ya existente del subsistema Chile Crece Contigo, es clave.

Pilar 2: Formulación de políticas públicas locales de niñez y adolescencia

Se requiere consolidar a nivel municipal instancias de formulación de políticas locales integradas a las políticas sociales de implementación local. Esto puede materializarse generando consejos, oficinas o comités especializados a cargo de la formulación, implementación y monitoreo de una “Política Comunal de Niñez y Adolescencia” en línea con la “Política Nacional de Niñez y Adolescencia”, considerando los elementos propios de la comuna, así como la participación activa de los niños y niñas a través de procedimientos de participación idóneos a cada realidad comunal. En lo ideal, cualquiera sea el diseño, esto debe estar inserto en la estructura organizacional propia de las Municipalidades.

Pilar 3: Bases de la protección administrativa

Se deben establecer con claridad las reglas y roles de los distintos actores en las que funcionarían los procesos de protección tanto en las distintas fases de ésta (ingreso,

diagnóstico, adopción de medidas y planes, derivación y seguimiento) a diferentes niveles (protección social y/o especializada).

Estas reglas deben avanzar hacia un protagonismo más claro de los sistemas públicos administrativos, con facultades claras para la planeación y adopción de acciones y medidas de protección, así como con la importante capacidad para mandar a todos los actores de la red estatal necesarios que se hagan pertinentes para dar efectividad a la protección y restitución de vulneraciones de derechos.

Ello debe ser acompañado también por una modificación de las facultades del Poder Judicial en la materia, el cual hoy tiene la única potestad para derivar a programas de protección especializada, incluidos sus programas ambulatorios. Las facultades del Poder Judicial debiesen remitirse al control legal del funcionamiento de la protección administrativa, o en casos en donde sea estrictamente necesaria su participación, tanto a nivel de medidas cautelares de emergencia como generales.

Pilar 4: Bases de la protección especializada

Dentro del marco de la protección integral derechos, se necesita de una **instancia especializada a nivel local para gestionar causales de protección especializada derivadas de vulneración de derechos generada por terceros y de alta complejidad.** Esta instancia especializada debiese organizar los procesos necesarios para llevar a cabo las tareas de diagnóstico y pericias, planificación de la intervención, el diseño de las medidas necesarias, así como el seguimiento del plan de cada caso y la coordinación de los actores intervinientes, con lo cual ir modificando las acciones y medidas de cara a la evolución de cada una de las situaciones.

La protección especializada debe basarse en torno al diseño de un modelo de intervención con enfoque de derechos, que establezca el método de actuación que guíe flexiblemente la tarea de los equipos locales. **Este método, debe basarse en torno al interés superior del niño/a en dialogo con los otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (participación, no discriminación y supervivencia y desarrollo).** Asimismo, siempre en el marco del interés superior, debe basarse en torno a la protección reforzada del niño y niña a su vida familiar. En base a ello, el proceso decisional debe basarse en la priorización, primero, del trabajo con las familias y desde esta base optar por decisiones de separación de cuidado alternativo y adopción, tal y como lo plantean las directrices de cuidado alternativo.

Asimismo, su operación administrativa debe respetar los principios de protección legalidad, temporalidad adecuada, supervisión, participación, especialización y diligencia.

4. Análisis sobre el proyecto de ley en la actualidad

En octubre de 2018, el gobierno de Sebastián Piñera envió indicaciones al proyecto de ley, con modificaciones a diversas secciones de éste, incluyendo – principalmente – los contenidos sobre protección administrativa y oficinas locales de infancia. Con respecto a esta propuesta, es posible analizar lo siguiente:

1. De garantizar a promover los derechos de la infancia

Las indicaciones modifican el propio enunciado del proyecto de ley, cambiando la constitución de un “sistema de garantías” a un “sistema de protección integral” de derechos de la niñez.

Al respecto, cabe recordar que el término “garantía” en el enfoque de derechos humanos, alude a los mecanismos estatales que apuntan a reducir la brecha entre el derecho como expectativa o *status* y la realidad de la materialización de éste.¹ Es por ello, que una garantía de derechos alude a un mecanismo estatal, ya sea judicial, administrativo, programático o financiero, en donde el Estado se compromete a cumplir, respetar y proteger los derechos con acciones directas. Ello va en línea con el espíritu que otorga la Convención sobre los Derechos del Niño al rol del Estado como garante principal de éstos.

Aun así, **la pura colocación de un enunciado como “sistema de garantías” no asegura por sí solo que el proyecto en su conjunto las materialice.** El proyecto anterior, en su sentido de ley marco, aun cuando tenía este enunciado, no establecía tampoco de manera explícita, tanto en su contenido como en su proyección financiera, las garantías necesarias para cumplir y respetar cada derecho, así como los mecanismos institucionales que permitan el accionar estatal en su protección.

En este sentido, **el cambio de enunciado no es el problema de fondo**, dado que la instauración de un sistema de protección integral de derechos también debería apuntar a establecer con mayor claridad dichas garantías. **El problema de fondo es que el proyecto de ley también retrocede en la obligación conceptual que se asume para el Estado en su rol de garante principal.**

Así queda demostrado en las modificaciones al artículo n°2, sobre el deber del Estado, en donde se modifica la palabra “garantizar” por “promover” o “fomentar”, lo que queda expresado también en diversas partes del texto. La promoción de derechos alude a la función de informar y educar sobre éstos, fomentar su respaldo social y alentar las medidas para defenderlos². Sin duda esta es una tarea primordial del Estado en una lógica de implementación de políticas públicas de diferentes niveles con enfoque de derechos.

1 Fortunatti, R. (2013). El reconocimiento de derechos. En X. Erazo, M. Aleuy, & E. Ganuza, Políticas públicas: exigibilidad y realización de derechos (págs. 27-43). Santiago de Chile: LOM.

2 Naciones Unidas. Centro de Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional, número 4. 1995. (fragmento)

Sin embargo, su colocación individual como verbo principal, y no función, aleja el texto del espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a dar acciones concretas que hagan respetar (no interferir o violar los derechos), proteger (interferir cuando un tercero los vulnera) o cumplir (generar todas las acciones positivas para garantizarlos)³

Esto contraviene el enfoque de derechos, y por lo tanto **no permite superar el enfoque de necesidades en las políticas de infancia, en donde el Estado puede responsabilizarse, pero no adquirir obligaciones claras, con carácter obligatorio y con perspectiva de largo plazo y metas de cumplimiento y progresividad.**⁴

Las garantías pueden ser de distinto tipo y no solamente aludir a mecanismos programáticos y financieros, lo que sin duda ha generado dudas por su implicancia presupuestaria. Sin duda el concepto genera la instantánea comparación al uso que ha tenido en sistemas como el de salud de garantías explícitas o en el de protección social. Pero este es solo un tipo de garantías, de las que necesitaría el sistema claramente, pero no constituyen su totalidad, ya que también alude a garantías legales y administrativas que protejan integralmente los derechos de la infancia, tanto civiles, políticos como sociales y económicos.

Asimismo, **el establecimiento de garantías programáticas y financieras es totalmente acorde a la priorización que señala la Convención que se le debe otorgar a la infancia dentro de la inversión en políticas públicas.** Los derechos económicos y sociales tienen un carácter progresivo, pero esto no significa ni que sean secundarios o que el Estado no deba asumir la obligación de garantizarlos. En el sistema de salud, el establecimiento de garantías hace que ya no se tenga que discutir sobre el derecho al acceso, sino sobre qué tipo de tratamiento a enfermedades son progresivamente incorporadas de acuerdo a las posibilidades logísticas y presupuestarias de manera progresiva.

Lo mismo debiese quedar claro en infancia, dejando claro la obligación del Estado de garantizar y establecer a la vez una hoja de ruta clara que permita ir implementándolas a la máxima posibilidad y en el menor tiempo posible, siendo clave en este marco el Plan de Acción de Niñez y Adolescencia, instrumento ya existente pero no promulgado por la Subsecretaría de la Niñez.

2. Modificación al principio de uso de recursos presupuestarios

Muy en línea con el anterior punto, **es criticable también la modificación que se realiza al artículo 2 sobre el uso de recursos presupuestarios.** Hasta su aprobación en primer trámite, el texto proponía que:

3 Valverde, F. (2004). Apuntes sobre Enfoque de Derechos. ACHNU.

4 Save the Children (2002): «Programación de los derechos del niño. Cómo aplicar un enfoque de derechos del niño en la programación». Save The Children: Estocolmo.

“los órganos de la administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo, en caso de no ser suficientes, acudir a la cooperación internacional, en especial, en su versión de colaboración institucional”.

En el proyecto de ley actual, luego de las indicaciones más recientes esto es modificado, siendo ahora *“conforme a su disponibilidad presupuestaria”*. En realidad, con este cambio, se vuelve al proyecto original enviado por el anterior gobierno, pero que la discusión legislativa logro modificar en el proceso.

La Observación general n°19 del Comité de los Derechos del Niño, plantea que los “Estados partes no tienen potestad para decidir si satisfacer o no su obligación de adoptar las convenientes medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos del niño, como las medidas relativas a los presupuestos públicos”

En este sentido, asume, en línea con el artículo 4 de la Convención, que **los Estados deben adoptar estas medidas “hasta el máximo de los recursos que se dispongan” lo que significa que éstos “demuestren que han hecho todo lo posible para movilizar, asignar y gastar recursos presupuestarios a fin de dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales de todos los niños”⁵**

En resumen, retroceder a *“conforme a su disponibilidad presupuestaria”* sólo obliga a revisar este elemento únicamente, pero no la tarea de planificar, distribuir y priorizar recursos en torno a un plan de acción serio que permita ir garantizando los derechos de la infancia.

Cabe señalar al respecto también que el artículo 5, especifica ahora que, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, los órganos deberán adoptar las medidas *“hasta el máximo de los recursos que se dispongan para estos efectos”*. Esto va más en línea con las recomendaciones del Comité, pero no queda coherente con los artículos iniciales del texto y que son los que otorgan el carácter principal de la ley. Cabe aclarar este punto dentro de la tramitación legislativa.

3. Reformulación al catálogo de derechos

Otro aspecto a analizar del texto actual son las modificaciones recientes al catálogo de derechos. Sin entrar en un análisis profundo en cada una de éstos, lo primordial de esta sección del proyecto, es que además de que éstos deban ser coherentes a la Convención y otros instrumentos internacionales, constituyan también un elemento de debate y acuerdo nacional. La discusión legislativa había logrado constituir por lo menos cierto consenso en diversos puntos que hoy son nuevamente modificados.

5 CDN (2016) Observación General n°19 “Sobre la elaboración de presupuesto públicos para hacer efectivos los derechos del niño”

Por ejemplo, el artículo 19 describía diversos elementos a ser considerados en el derecho a identidad de los niños, niñas y adolescentes tales como identidad de género, nacionalidad, lengua, cultura y otros. La propuesta actual solamente se restringe al nombre, relaciones familiares y nacionalidad.

4. Sobre la protección administrativa e institucionalidad local

Uno de los elementos principales de la protección administrativa es poder tener garantías legales y administrativas que permitan tener la potestad desde el ámbito administrativo para poder adoptar medidas y acciones de protección de urgencia o permanentes, ya sea a nivel de protección social (por ejemplo, discriminación al acceso a la educación a través de su tramitación con la Superintendencia de la Educación) o protección especial realizando diagnósticos y planes de intervención con niños y niñas bajo vulneración de derechos.

Urge desjudicializar el sistema de protección, pero el proyecto actual no se hace cargo de esto. Solamente se establece la posibilidad de “detectar, y derivar a los niños y sus familias a fin de que estos puedan acceder a las prestaciones competentes”. En realidad, **esto no varía sustancialmente las competencias actualmente existentes**, que conllevan, por ejemplo, que el acceso a prestaciones ambulatorias de protección especializada sea solo con orden judicial. No se modifican también, en este sentido, las funciones que debería tener el Poder Judicial, ya sea para la revisión de medidas con separación de niños/as de su familia o para control legal de los procedimientos administrativos, dependiendo del diseño.

Asimismo, esta posibilidad **no establece claramente una potestad legal suficiente que permita que el órgano administrativo tenga la capacidad para obligar a todos los actores necesarios e involucrados a planificar, monitorear, adoptar y ejecutar medidas**, requisito clave para que sea coherente a la necesidad de que se puedan establecer medidas de protección a este ámbito.

En este mismo marco, el proyecto de ley no establece algunos principios generales y claves con las cuales deberían funcionar diversas fases del procedimiento de protección administrativa ya sea en fase de derivación, diagnóstico, planeación, adopción de medidas, seguimiento y ejecución. Si bien, mucho de esto debe quedar a nivel reglamentario o sujeto a protocolos locales para dar dinamismo a la gobernanza del sistema, **es indispensable que el proyecto sí establezca algunos parámetros de consenso generales que respeten principios claves para el procedimiento administrativo tales como la oportunidad, la especialización y la pertinencia.**

Por otra parte, ya a nivel de diseño institucional de los sistemas públicos a nivel local, no se establecen mecanismos de formulación de políticas públicas a nivel local o municipal que permitan generar coordinación y coherencia entre las redes intersectoriales y territoriales. **No se hace mención a la existencia de instrumentos específicos de políticas locales de niñez o su establecimiento en otros escenarios municipales de carácter estratégico, en las cuales deban participar niños, niñas y adolescentes.** Con esto

tampoco queda claro cómo ordenar la gestión estratégica y de redes en infancia a nivel local, la cual hoy cuenta con diversos arreglos según cada municipio, atribuyendo muchas veces roles repetidos y poco coordinados a las tareas de la Oficina de Protección de Derechos, Oficinas de Infancia, Chile Crece Contigo y las propias Direcciones de Desarrollo Comunitario.

Por otra parte, el funcionamiento de la protección administrativa requiere de un cierto rango de independencia de las oficinas, consejos o equipos a cargo de adoptarlas. Si bien, su funcionamiento debe responder a directrices técnicas de políticas públicas nacionales y locales, y deben tener mecanismos de control y contrapeso desde el Poder Judicial, es indispensable, tal y como muestra la experiencia internacional, la constitución de arreglos institucionales lo más descentralizados posibles, coherentes a las facultades que tendrían para adoptar medidas administrativas de protección.

Por otro lado, se conoce que se planea crear un sistema de alerta basado en un sistema de *big data* que detecte factores de riesgo. Este modelo requiere debatirse mayormente. **¿Necesitamos realmente generar un sistema funcional predictivo que categorice a los niños y niñas, o concentrarnos mejor en la calidad de los datos (*Deep data*)?** ¿No es mejor centrarnos en generar mejores capacidades profesionales locales y de integración de datos de calidad para tomar las mejores decisiones a cada situación en particular?

En este marco, también **no es claro el rol que se proyecta para el Subsistema de Protección Integral Chile Crece Contigo**. Es importante tomar en consideración este sistema, que cuenta con garantías y una ley propia ya existente, además de ya contar con diversos indicadores de alerta desde el programa eje. Este subsistema, con las mejoras que requiere, podría ser una base importante en esta reforma, aumentando su rango de cobertura etaria en torno a un sistema de seguimiento y acompañamiento a las trayectorias de la infancia, ampliando el rango de indicadores de factores protectores y de riesgo y una mejor coordinación con los sistemas que las reciban a nivel de protección social y especializada.