

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Walker, don Patricio, señora Alvear y señores Escalona, Letelier y Pizarro, que asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

I. El respeto, protección y promoción de la dignidad humana.

Los Estados democráticos de derecho tienen como base fundamental el respeto, la protección y la promoción de la dignidad humana. De acuerdo al profesor Nogueira *“La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma”*

La aprobación en 1989 por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del niño, y el reconocimiento del niño como sujeto de derecho es un avance en el reconocimiento de la dignidad humana del niño.

Esta dignidad se concreta en la protección, garantía y promoción de los derechos inherentes de esa persona. Es el Estado el que debe estar al servicio de la persona constituyéndose en un instrumento para su desarrollo.

En el caso de los niños, y siguiendo al profesor Cillero *“el fundamento de la protección de las personas en desarrollo o de la etapa de desarrollo de la persona humana responde a una idea valorativa que se conecta con la de prioridad de la protección de los derechos de las personas en desarrollo, es decir, con la noción de primacía del interés superior del niño, como una exigencia de igualdad que permita resolver obstáculos y pasar a niveles crecientes de igualdad jurídica real en el marco de sociedades liberales que reconocen la igualdad jurídica formal”*.

Es por esta noción de prioridad que resulta esencial que la Carta Fundamental entregue un piso mínimo de protección, garantía y reconocimiento de los derechos de los niños. El mismo Comité de Derechos del Niño ha señalado su aprobación a la inclusión de artículos sobre los derechos del niño en las constituciones nacionales, lo que contribuye a subrayar la idea de que los niños al igual que los adultos son titulares de los derechos humanos (CRC/CG/5/2003).

II. Antecedentes

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) constituye un punto de partida en el progresivo reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las legislaciones de los países de América Latina. La mayoría de estos países que ratificaron dicha Convención, iniciaron inmediatamente un proceso de incorporación e implementación de sus normas en sus respectivas legislaciones nacionales.

Esta actividad reformadora de normas legales puso en evidencia la mayor implicación del Estado en su rol de garante de los derechos de los niños y en el establecimiento de para su protección, reconocidos en los nuevos códigos y cuerpos legales pertinentes.

De este modo, como señala la tratadista Mary Beloff, “ya nadie discute en América Latina que la protección de la niñez debe plantearse a partir de un enfoque de ciudadanía y de protección de los derechos humanos de niños y niñas”.

Es así que a partir del año 2004, prácticamente todos los países de la región poseen ya una legislación coherente, sistemática e integral sobre derechos de la infancia. Solo Cuba y Chile poseen legislaciones anteriores a la CDN.

Estos avances legislativos, han llegado también a rango constitucional, en el año 2001 fue Colombia quien incluyó en su Constitución los derechos del niño y el año 2008 Ecuador, luego de la instalación de una asamblea constituyente dedicó un título de la constitución a la protección y garantía de los derechos de los niños. En el caso chileno, la legislación ha sido parcial e insuficientemente reformada en conformidad a la CDN, pese a haber ratificado también la Convención de los Derechos del Niño el 14 de agosto de 1990, promulgándola como ley con rango constitucional, según dispone el artículo 50 inciso final de nuestra Carta Fundamental. Sin perjuicio de ello, el carácter de vinculante de dicha ley, obliga al Estado chileno a adoptar todas las medidas tendientes a promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derecho con autonomía progresiva en su ejercicio, iguales ante la ley y con igual protección de ésta en el referido ejercicio.

Es así que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado al Estado de Chile (en los años 1997, 2002 y 2007) que se reforme la Ley N° 16.618, conocida como Ley de Menores, que data del año 1967, reemplazando dicho cuerpo normativo, basado en una visión tutelar de la infancia, por una auténtica ley de protección integral a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Afirmamos, entonces, que Chile está en deuda porque aún se encuentra pendiente la derogación total de la ley de menores -cuyo espíritu y contenidos no se ajustan a la concepción de los niños como sujetos de derecho-, porque aún no tenemos una ley de protección integral y porque aún no contamos con un defensor del niño, de forma de incorporar una nueva concepción jurídica de la infancia, que se sitúe en el marco de los derechos humanos de los niños y de los derechos humanos en general, lo cual es coincidente con un proceso de renovación de los sistemas legales desde la perspectiva de los derechos humanos.

Situación de los derechos de los niños y niñas en Chile.

A su turno, este déficit normativo que se acusa tiene su correlato con una realidad que está lejos de ser alentadora:

El 74% de los delitos sexuales que ocurren en el país se cometen contra niños y niñas³, y de acuerdo a datos de la PDI, la cifra negra del abuso supera en 8 veces los casos denunciados. SENAME desarrolla labores eminentemente de diagnóstico y reparación de los casos denunciados, pero no tiene posibilidades de realizar acciones de prevención, promoción de derechos y apoyo al universo de los niños del país. La detección de los casos, es a menudo fortuita.

Más de un 75% de los niños y niñas han sufrido algún tipo de violencia al interior de su familia. El 60% de los niños han sufrido discriminación por su origen social o apariencia física. El 60% de las denuncias de violencia que recibe el MINEDUC se refieren a casos de maltrato contra los alumnos. De ninguno de estos problemas

puede hacerse cargo el SENAME, ya que desbordan el ámbito de su competencia y requieren de la actuación de variados servicios y ministerios.

El 55,4% de la población menor de 4 años pertenece al 40% de los hogares más pobres del país.⁷ Además, sabemos que en Chile más de 196 mil niños y adolescentes trabajan⁸ correspondiendo un 0% al quintil de mayores recursos y, un 43% al quintil más pobre.

De acuerdo a estudios de la OIT, los niños que trabajan presentan un rezago escolar promedio de dos años, un 40% de ellos abandona la educación, lo que significa que a largo plazo obtendrá un 20% menos de salario durante toda su vida adulta, lo que redundará a su vez, en una menor capacidad de participación en la esfera pública. Para una intervención adecuada en esta materia, es necesario incidir en los factores multicausales que generan el trabajo infantil.

El 85% de los hombres y el 92,8% de las mujeres entre 13 a 15 años presentan sedentarismo. Para el Ministerio de Salud una de las preocupaciones importantes es que el 8,3% de las niñas de entre 11 y 19 años presentan una prevalencia al riesgo de conducta alimentaria, sin diferencias significativas por nivel socioeconómico ni por grupos de edad.

También dentro del área de salud, el 47% de las niñas considera que el embarazo adolescente es un problema grave¹², lo que se corrobora con cifras del Ministerio de Salud que señalan que se producen entre unos 35.000 a 40.000 embarazos adolescentes por año.

Según las cifras publicadas en 2011. Chile es el país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con mayor segregación socioeconómica a nivel escolar. Según UNESCO en Chile, aproximadamente un millón 200 mil personas mayores de 15 años tienen 3 años o menos de escolaridad. La cifra incluye a los 480.865 analfabetos absolutos, pero también a 691.059 personas alfabetizadas, pero con un manejo muy precario de la lengua escrita y las operaciones matemáticas básicas.

Respecto de la participación de los niños/as en las escuelas es importante consignar que el 51,7% de ellos/as consideran que sus derechos se respetan poco o nada.

En materia de grupos vulnerables, según el Catastro Calle, de las 12.423 personas viviendo en situación de calle a lo largo del país, 785 son niños, niñas o adolescentes y tienen en promedio 13,2 años y el 21% de ellos lleva más de 5 años en esta situación.

En las últimas recomendaciones efectuadas por el Comité de Derechos del Niño al Estado de Chile, en el año 2007, dicho organismo manifestó su preocupación “porque algunos grupos vulnerables, incluidos los niños indígenas, los niños migrantes y refugiados, los niños con discapacidades, así como los niños de estratos socioeconómicos desfavorecidos y los que viven en zonas rurales siguen siendo víctimas de la discriminación, especialmente por su limitado acceso a la educación”

III. Necesidad de un enfoque integral y universal

La realidad de la infancia de nuestro país, exige un sistema que se haga cargo de la protección de los derechos de **todos** los niños y niñas, sin excepciones de ningún tipo. Sobre esa base, adquieren sentido políticas focalizadas en la llamada protección especial.

Un aspecto que se debe destacar y que pone en evidencia la profunda debilidad institucional para el abordaje de las problemáticas de la niñez en nuestro país, es que no existe un ente articulador que ostente la responsabilidad superior en la materia y que estructure un sistema en sus diferentes niveles: local, regional y nacional.

La escasa institucionalidad existente en la actualidad no llega a configurar un sistema propiamente tal, que permita garantizar y operacionalizar los derechos de la infancia. Lo anterior, implica que no hay claridad sobre las instituciones que conforman el sistema, ni sobre sus roles y atribuciones, lo que impide la necesaria articulación para conformar realmente un sistema institucional efectivo. En los hechos, todo queda entregado a las voluntades individuales, a redes de favores, a iniciativas personales o a iniciativas institucionales, públicas o privadas, aisladas entre sí. Con ello, se ha impedido hasta el presente la generación y el desarrollo de políticas públicas integrales, centradas efectivamente en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La experiencia comparada muestra con meridiana claridad que no hay posibilidad alguna de garantizar los derechos de la infancia declarados en la Convención y en las legislaciones nacionales, sin contar con dispositivos, estructuras y actores institucionales conformados, operando y articulándose desde la claridad de sus roles y atribuciones, todo lo cual, a su vez, debe estar explicitado en un cuerpo jurídico, como el que aquí presentamos.

IV. Ideas matrices del proyecto

El proyecto que presentamos tiene por finalidad instaurar un Pilar Constitucional sobre el que debe construirse el marco normativo legal de protección integral de los derechos del niño, la niña y los adolescentes.

Esta reforma constitucional es expresión de la concepción de protección integral cuya referencia normativa fundamental se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño, que reconoce al niño como sujeto de derechos y reconoce su especial etapa y condición para afirmar la idea de que los niños tienen iguales derechos que los adultos, sin discriminación alguna y, más aun, reforzados por necesitar existencialmente cuidados y asistencia especiales. Este nuevo paradigma jurídico tiene por propósito lograr superar y reemplazar en el ámbito normativo e institucional el antiguo paradigma tutelar que restringía su mirada a los “menores en situación irregular” y los trataba como objeto de diversas formas de control y represión más o menos compasiva y cuya expresión legal aún subsiste en la llamada “ley de menores”.

Si bien se ha iniciado actualmente la tramitación del proyecto de ley de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes, contenida en el Boletín N° 8.911-18, éste cuerpo legal todavía no existe en nuestro país, y de ser aprobado, deberá estar en consonancia con los mandatos constitucionales que se incorporarán a través de esta iniciativa de reforma.

Asimismo, con la finalidad de otorgar la necesaria exigibilidad a los derechos fundamentales que se les reconocerán a los niños y adolescentes, se instaura a través de esta moción la figura de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, que velará por la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por otra parte, se incorpora el Recurso de Protección bajo una forma prioritaria a favor de ellos, en el evento que sufran privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales.

Con estos dos importantes elementos, se garantizará una actuación proactiva de los órganos del Estado ante la presencia de casos de vulneraciones concretas, dotando al sistema de mecanismos de tutela administrativa y jurisdiccional que permitan poner término inmediato, sancionen y procuren reparar tales vulneraciones cuando se produzcan.

En este sentido, esta iniciativa busca un reconocimiento explícito y de rango Constitucional, de los principios y derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, los que no pueden estar suficientemente protegidos y garantizados sin un *Sistema de Protección Integral*. Para tal efecto, este proyecto mandata la articulación coordinada de tres subsistemas: el legal, el judicial y el de protección administrativa. Ello implica, en definitiva, i) contar con una legislación adecuada para proteger los derechos de los niños, 2) una justicia especializada y 3) una protección administrativa que se haga cargo de generar tanto políticas universales como focalizadas y especializadas en el campo de la protección (véase Prototipo Base Sistema Nacional de Infancia, Instituto Interamericano del Niño, 2003).

Por los fundamentos expuestos los Senadores patrocinantes venimos en presentar el siguiente

Proyecto de Reforma Constitucional

Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República:

1.- Agrégase el siguiente Artículo 19 bis:

“Los niños, niñas y adolescentes disfrutan de los mismos derechos y garantías de todas las personas y cuentan además con derechos a cuidados, protección y asistencia especiales del Estado. Es deber del Estado respetar y garantizar tales derechos, reconocidos por esta Constitución así como por la Convención de los Derechos del Niño y por los demás tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los niños, niñas y adolescentes poseen autonomía para ejercer sus derechos personalmente y sin discriminación, de acuerdo a su edad y madurez, y tienen derecho a participar en todo asunto que les afecte o sea de su interés en cualquier ámbito de la vida nacional, con las responsabilidades que derivan del ejercicio de dichos derechos.

Todos los organismos del Estado tienen el deber de promover y proteger efectivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes garantizando en la máxima medida posible su pleno desarrollo.

En toda medida o decisión que concierna a los niños, niñas y adolescentes el interés superior del niño será una consideración prioritaria.

El Estado reconoce los derechos y deberes de los padres o de otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño pueda ejercer los derechos que esta Constitución les reconoce.

La ley establecerá un sistema nacional de protección integral de los derechos del niño, que comprenderá los principios y derechos reconocidos, mecanismos de protección administrativos y jurisdiccionales y organismos o servicios públicos y privados que ejecuten o colaboren en la prevención, la promoción y la protección universal y especial de los derechos.

La internación y cualquier otra medida que implique la privación de libertad o la residencia forzosa del niño en una institución pública o privada, en razón de una medida cautelar o de protección, de sanción o cualquiera otra, y aun cuando sea provisional, tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso y por el período más breve que proceda. Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos y tendrá derecho a mantener contacto con su familia, a menos que ello se considere contrario a su interés superior.

Habrá una Defensoría de la Niñez y Adolescencia, autónoma y con personalidad jurídica, encargada de la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una ley señalará la organización y demás atribuciones de la referida Defensoría.”

2.- Agrégase al Artículo 20 el siguiente inciso tercero:

“Asimismo, igual recurso procede en caso de que un niño, niña o adolescente, en los términos señalados en el artículo 19 bis, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En este caso, el recurso podrá interponerlo directamente el afectado que haya alcanzado los 14 años de edad, los padres o quienes estén a cargo del niño o niña, o cualquiera a su nombre”.