

PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

COMENTARIOS DE UNICEF ANTE LA COMISIÓN ESPECIAL DEL SENADO

1 de julio, 2019; 15.30 horas, sala 1 de Comisiones del Senado, Morandé 441, Santiago

1. MARCO DE ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

UNICEF analiza el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia (en adelante el Servicio) a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención). Según se define en el mismo proyecto el objeto es la protección especializada de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y esta protección especializada incluirá el diagnóstico, la restitución de los derechos vulnerados y la reparación.

La Convención es por excelencia el principal instrumento que consagra los derechos humanos de todas las personas menores de 18 años. Desde su creación, los niños, niñas y adolescentes dejan de ser considerados “objetos pasivos de intervención” ante circunstancias de carencia y de irregularidad, y comienzan a ser reconocidos “sujetos de derechos”, con las mismas garantías procesales constitucionales que tienen los adultos.

La Convención forma parte del ordenamiento jurídico nacional, desde 1990, fecha en que fue ratificada por parte del Estado de Chile. Así está establecido en el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República.

1.1. Implicancias de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño para el Estado de Chile

Las implicancias de la ratificación de la Convención radican principalmente en que el Estado de Chile tiene el deber de emprender acciones para cumplir con las obligaciones generales que ésta establece. Estas obligaciones son:

- a. **Respetar:** significa que el Estado de Chile tiene el deber de no interferir o restringir el disfrute de los derechos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- b. **Proteger:** significa que el Estado de Chile tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para impedir que terceras partes interfieran en el disfrute de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- c. **Garantizar:** significa que el Estado de Chile tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias que permitan el disfrute efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- d. **Restituir:** significa que el Estado de Chile tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes toda vez que estos hayan sido vulnerados, violados o privados.
- e. **Reparar:** significa que el Estado de Chile tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para reparar los daños producidos a causa de la vulneración, violación o privación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, a partir de la ratificación de la Convención, el Estado de Chile también contrajo el compromiso voluntario de someterse a una revisión periódica para dar cuenta sobre el cumplimiento de sus disposiciones ante el Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité), órgano de Naciones Unidas que supervisa su adecuada aplicación. El próximo informe periódico que el país debe elaborar, corresponde a los informes combinados sexto y séptimo, los cuales deben ser presentados ante dicho Comité en marzo de 2021. Esto significa que el actual Gobierno tendrá la responsabilidad de liderar este proceso de rendición de cuentas respecto al cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia consagrados en este tratado, preparando este informe que abarca el periodo 2015 - 2021.

Asimismo, desde que el país ratificó en 2015 el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado de Chile asumió voluntariamente que puede ser objeto de denuncias individuales interpuestas ante el mismo Comité por contravenciones a lo establecido en dicho tratado. Chile recibió su primera denuncia en 2016, por causa de las violaciones sistemáticas de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en residencias bajo el control directo o indirecto del Servicio Nacional de Menores. Dicha denuncia fue acogida a trámite por el Comité en 2017, y en junio de 2018 este organismo envió al Estado de Chile el informe final con una serie de recomendaciones de aplicación urgente, tendientes a revertir la situación que viven los niños, niñas y adolescentes bajo protección del Estado, además de la necesidad de establecer mecanismos de reparación para las víctimas del presente y pasado.

A 30 años de la aprobación de la Convención por la Asamblea General de Naciones Unidas, y a 29 años de que el Estado chileno ratificara y se comprometiera a adecuar su legislación e instituciones a los principios, derechos y directrices de la Convención, el país ha avanzado significativamente en esta dirección. Sin embargo, persisten desafíos de adecuación normativo-institucionales, que impiden al país contar con un marco de protección integral para la niñez en Chile.

Se considera por ejemplo que la Ley de Menores (N° 16.618) vigente desde 1967, responde a una doctrina tutelar y no de reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. Por ello, desde fines de los años noventa se viene discutiendo una ley de Garantías o Protección Integral de Derechos que posibilite la creación de un Sistema de Garantías para la protección del ejercicio de todos los derechos establecidos en la Convención por parte de todos los niños, niñas y adolescentes sin distinción alguna, sin embargo, esta aprobación legislativa no se ha logrado.

La protección integral implica asegurar medidas de carácter universal con el objetivo de prevenir la privación y vulneración de derechos de los niños. Para lograr esta protección, se requiere de la coordinación intersectorial entre todos los sectores, pues cada uno tiene responsabilidad en la realización de los

derechos. Las medidas de protección integral deben traducirse específicamente en prestaciones de protección social; apoyo hacia las familias para el ejercicio de la crianza; salud; educación de calidad; recreación; participación; entre otros.

Asimismo, la protección integral requiere de medidas de protección reforzada. En concreto son medidas adicionales que se requieren aplicar para que poblaciones determinadas de niños puedan acceder, en condiciones de igualdad de oportunidades, a las distintas prestaciones que son parte de la protección integral. De esta forma, las medidas de protección reforzada están dirigidas a los niños que se encuentran en condiciones de desigualdad, tales como los niños indígenas, con discapacidad, en situación migratoria, en situación de pobreza, bajo protección del Estado, en conflicto con la ley penal, en situación de emergencia y LGBTIQ+.

Un sistema que garantiza la protección integral debe incluir medidas de protección especializada. En tal aspecto, el proyecto de ley que crea el Servicio de Protección Especializada de la Niñez y la Adolescencia debería formar parte de este Sistema, actuando solo cuando los niños/as o adolescentes hayan sido gravemente vulnerados en sus derechos por causa de la violencia, maltrato, abuso o explotación. En este caso las medidas de protección especializada deben traducirse en prestaciones que sigan el circuito de detección, derivación, atención, reparación, restitución y sanción.

Es importante precisar que los niños que requieren de medidas de protección especializada no dejan de ser sujetos de atención de la protección integral, así como tampoco de las medidas de protección reforzada.

De esta manera, el sistema de protección integral es una combinación de prestaciones universales, reforzadas y especializadas, las cuales requieren de mecanismos institucionales que aseguren la coordinación entre los distintos sectores que son responsables de la provisión de estas prestaciones y entre los distintos niveles administrativos –central, regional y local.

El proyecto actual que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia requiere del apoyo transversal, cuya aprobación permitirá responder a la urgencia de modificar la respuesta a la que accede la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos, sin embargo, para que sea efectivo, se requiere de una estructura sistémica que garantice la protección integral de toda la niñez y adolescencia que habita el país, donde todas las instituciones garanticen a través de sus políticas, planes y programas, el ejercicio de todos sus derechos de acuerdo siempre a sus interés superior.

I. VALORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

UNICEF valora el Proyecto de ley, considerando la necesidad de superar las graves falencias de la protección especializada. En dicho contexto, se valora que objetivo central del Proyecto sea la creación de un servicio de protección especializada para la niñez y adolescencia amenazada o vulnerada en sus derechos, que contemple una atención específica y especializada con enfoque en la restitución de sus derechos para asegurar su pleno desarrollo a niños/as y adolescentes que han enfrentado vulneraciones.

Asimismo, se valora que, bajo el principio del interés superior del niño, el proyecto establece líneas de acción para privilegiar intervenciones y apoyos a la familia, avanzando así en asegurar progresivamente la mantención y restitución de sus vínculos familiares, además de favorecer el contacto con las políticas y servicios sociales dirigidos para los niños en general, a través del trabajo y coordinación intersectorial.

Sin embargo, es importante señalar que el proyecto mantiene el sistema de provisión mixta de servicios, a través del cual el Estado establece líneas de programas subvencionables y montos de subvención que no aseguran el pago total de la prestación de los servicios que los niños, niñas y adolescentes requieren para ver restituidos sus derechos. La externalización se traduce, en la práctica, en una precaria oferta de atención a la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos que afecta su desarrollo y protección, donde la atención directa por parte del Estado es excepcional y queda reducida a la línea residencial y de familias de acogida.

Aunque los recursos públicos sean escasos, el Estado debe avanzar progresivamente en proveer para la niñez y adolescencia vulnerada en sus derechos programas en todo el territorio nacional, sin separarlos de sus familias, con oferta pertinentes a su cultura, territorio y de acuerdo con su edad.

II. RECOMENDACIONES

1. Respeto a la definición de objeto y sujeto propuestas. Necesidad de mantener el foco en los niños/as y adolescentes en todo el proyecto de ley.

Las definiciones de objeto del Servicio y el sujeto de atención son adecuadas y dan cuenta de la necesidad de cambios sustantivos en la atención de niños/as y adolescentes vulnerados en sus derechos, relevando la necesidad de proteger, restituir los derechos vulnerados y reparar los efectos de estas vulneraciones. Sin embargo, en el desarrollo de los artículos, especialmente respecto de los roles y funciones de los diversos actores del Servicio, el foco en los niños/as y adolescentes se pierde, puesto que se va centrando -por ejemplo- en el supervisar y fiscalizar a los organismos que proveen directamente los servicios de protección especializada, más que en acompañar, supervisar y verificar el cumplimiento de las diversas acciones para hacer efectiva la protección, restitución y reparación a través de la atención directa que reciben los niños, niñas y adolescentes.

2. Reforzar el principio del Estado Garante

La Convención establece orientaciones en torno al rol que debe tener el Estado con respecto a la promoción y protección de los derechos de los niños. Considerando la provisión mixta del sistema chileno, el proyecto debe enfatizar el rol de Garante del Estado, que supere progresivamente la subsidiariedad. Si bien, la ejecución de la mayoría de la oferta es a través de organismos colaboradores acreditados, junto con establecer los estándares para la debida y efectiva protección de niños/as y adolescentes vulnerados en sus derechos que incluye de acuerdo a este proyecto de ley, el diagnóstico, la restitución de derechos vulnerados y reparación de sus efectos, también se requieren los recursos necesarios para el cumplimiento efectivo de estos estándares, donde los mecanismos de supervisión estén puestos en la efectividad de la

intervenciones tanto para diagnosticar, restituir los derechos y reparar. Esto ha sido señalado en el reciente informe del Comité de los derechos del Niño (junio 2018)¹.

En la misma línea, si bien se valora que el proyecto de ley establece que los organismos colaboradores que realicen la línea de diagnóstico, pericia y seguimiento de casos (artículo 20), no podrán implementar ninguna otra línea, en el mismo artículo -letra c- se establece que el seguimiento de casos, el monitoreo del proceso reparatorio y/o de restitución de derechos cuyo objeto es “observar y verificar permanentemente su desarrollo”, no puede ser resorte de un organismo colaborador. Quien debe monitorear la trayectoria de intervenciones para diagnosticar, restituir derechos vulnerados y reparar es el Estado, a través del Servicio, quien debe asegurar estándares para verificar el cumplimiento de esta y todas las líneas de acción establecidas en el proyecto de ley.

3. Mejorar la oferta programática

El proyecto de ley establece que los programas deberán diseñarse en base a evidencia. En dicho contexto, es importante que se asegure el diseño de programas cuya evidencia avale sus resultados, tengan una mirada territorial, cuenten con un sistema de información que permita conocer la oferta total de programas públicos y privados a lo largo de Chile, y asegurar que todos los programas cumplan con estándares de calidad. Esto implica una reformulación integral de la actual oferta de programas de SENAME, basada en los resultados y recomendaciones -por ejemplo- de los estudios implementados por UNICEF en coordinación con SENAME, respecto al análisis y revisión de los programas ambulatorios y de los programas de familias de acogida.

El diseño de los programas debe revisarse periódicamente y ajustarse si así se requiere, respondiendo además a las recomendaciones que se desprendan del propio sistema de supervisión, del comité de expertos, además de resguardar que los programas respondan a los requerimientos de poblaciones prioritarias (niños/as y adolescentes en situación de discapacidad, en situación migratoria, indígenas, LGBTIQ+), asegurando la pertinencia de las respuestas a partir del derecho a la igualdad y no discriminación, asegurando protección, reparación y restitución de derechos.

En la misma línea, es relevante definir la coordinación entre el cuidado alternativo y la línea de acción de “fortalecimiento y revinculación familiar”, asegurando que uno de los objetivos de esta línea sea la reunificación familiar en el más breve plazo, logrando así la desinternación cuando el cuidado alternativo es residencial.

En particular, se requiere un programa de Representación Jurídica para todos los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerado en sus derechos. El Estado debe impulsar una reforma que establezca la defensa especializada que provee a los niños/as y adolescentes, estableciendo estándares mínimos que

¹ El Comité de los derechos del Niño en su informe de junio 2018, recomienda a Chile: Asumir plenamente la responsabilidad de regular, controlar y financiar el respeto, protección y realización de todos los derechos de los niños/as y adolescentes en el sistema de protección, modificando ley de subvenciones, exigiendo estándares de calidad a los organismos colaboradores acreditados, tanto en número, como en la cualificación del RRHH, calidad de las instalaciones y desarrollo de programas de rehabilitación de niños/as y adolescentes y de trabajo con sus familias, en acuerdo a la Convención y Directrices sobre las modalidades de cuidado alternativo; proporcione recursos financieros y técnicos suficientes para el cumplimiento de los estándares; establezca mecanismos eficaces de supervisión.

les asegure el derecho a ser oídos y a ser considerada su opinión. La Convención así lo mandata y existe la Observación General N°12 del Comité de Derechos del Niño que lo destaca. En dicho contexto, establecer estándares para la defensa especializada del programa “Mi abogado” es un avance importante, el cual debe ser complementado con la ampliación en el mediano plazo a todo el territorio nacional, asegurando la representación jurídica especializada a cada uno de los niños/as y adolescentes bajo protección especializada, especialmente de aquellos que están en cuidado alternativo, en vías de lograr la reunificación familiar con su familia de origen o extensa cuando esto no sea contrario a su interés superior.

Asimismo, se requiere que la representación jurídica esté definida en el proyecto de ley, estableciendo un mecanismo que asegure una defensa especializada a todos los niños/as y adolescentes bajo protección del Estado, estableciendo además cuáles serán los mecanismos de coordinación con la oferta de protección, especialmente la de cuidados alternativos.

4. Inclusión de niños y niñas inimputables en el ámbito de acción del nuevo Servicio.

El Proyecto de Ley plantea que el Servicio se hará cargo de niños y niñas menores de 14 años que incurran en conductas delictuales, evitando la estigmatización, pero a la vez ofreciendo programas de protección exclusivamente dirigidos a su reparación y a su integración social. Es necesario especificar la oferta de programas con este fin, incluyendo descripción de los programas disponibles, requisitos y condiciones para participación (por ejemplo, estar insertado en el sistema educativo), responsabilidades en la ejecución de los programas, y un mecanismo de monitoreo y seguimiento para evitar nuevas situaciones de conflicto con la ley. Esto, reconociendo que niños, niñas y adolescentes inimputables -en la mayoría de los casos- también han sido vulnerados en sus derechos.

De igual forma, se requiere definición de coordinaciones respecto de adolescentes que, siendo sujetos de protección y estando en conflicto con la ley penal, habiendo cumplido su sanción y siendo menor de 18 años, requieren de protección especializada, especialmente si ha sido vulnerado en alguno de sus derechos.

5. Eliminación de las entidades coadyuvantes.

El Comité recomienda que no reciban apoyo financiero ni se legitime a las entidades coadyuvantes (organismos que están a cargo de hogares o residencias, pero no reciben subvención y nadie las supervisa) derivando niños y niñas. Si bien su eliminación es un avance muy importante, se debe anticipar la situación en que podrían quedar los niños, niñas y adolescentes, en aquellos procesos de eliminación de estas entidades. Es importante siempre considerar el interés superior y el derecho a vivir en familia de cada uno de los niños/as y adolescentes que pueda estar en estas entidades. Esto implica la revisión caso a caso, con el fin de que la prioridad sea la reunificación con su familia de origen o con su familia extensa, apoyada por la oferta especializada ambulatoria y la protección social; la reubicación con familia externa; la adopción si no hay familia y una residencia de un organismo colaborador acreditado como última alternativa.

6. Mejoras en el sistema residencial

Mejorar el sistema residencial es urgente. Existe evidencia de que al interior de las residencias del SENAME y en otros centros privados se vulneran gravemente derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Es por ello, que se necesitan mejoras no solo en infraestructura sino en la capacidad de

restaurar una vida normal a los niños y niñas, sin vulnerar sus derechos, y con la finalidad de retomar una vida normal junto a sus familias. En la actualidad, SENAME está implementando una oferta residencial piloto de “Residencia Familiar para Adolescentes”, donde ha establecido estándares para la protección y restitución de derechos de adolescentes. En paralelo, el Hogar de Cristo se encuentra implementando un modelo alternativo con dos residencias familiares donde también se establecen estándares para la protección de adolescentes vulnerados en sus derechos. En dicho contexto, es importante el seguimiento de estos procesos, con el fin de que los resultados contribuyan a la reformulación del cuidado alternativo residencial en el mediano plazo, incluyendo el cierre del actual modelo de SENAME (Centro de Reparación Especializado de Administración Directa /CREAD) y avanzando progresivamente, por medio del establecimiento y cumplimiento de estándares para los centros de cuidado alternativo residencial bajo la administración de organismos colaboradores acreditados.

7. Sistema de Supervisión

Se requiere un sistema de supervisión eficiente, por ello se valora la creación del consejo de expertos independiente, sin conflicto de interés, que supervise la oferta de programas, su calidad, el cumplimiento de estándares y otras materias y haga seguimiento de los hallazgos y recomendaciones que de este sistema se desprendan. Este sistema de supervisión debe estar disponible tanto para la oferta que administra directamente Sename (cuidado alternativo), como la oferta que administran los colaboradores acreditados (cuidado alternativo y oferta ambulatoria). Asimismo, se requiere que el sistema de supervisión considere la supervisión clínica de casos, considerando la especificidad y especialización en la provisión de servicios que deberán reparar los efectos de las vulneraciones en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes y la restitución de estos derechos. Es indispensable acompañar estos procesos, por tratarse de un alto porcentaje de casos de mayor complejidad que demandan atención clínica por parte de profesionales altamente especializados que requieren acompañamiento en las decisiones que adoptan en el contexto de la intervención.

8. Sistema de Acreditación

Se requiere un sistema de acreditación vinculado al cumplimiento de los estándares para el personal (privados y públicos), y de los programas y niveles de prestación que cada organismo acreditado pueda ejecutar. El sistema de acreditación debe estar establecido por ley. En dicho contexto, junto con implementar un sistema de acreditación se requiere que el Servicio provea activamente información y orientación respecto a la oferta programática, especialmente respecto de los ajustes que se realicen progresivamente en función de los requerimientos de los sujetos de atención.

Muy especialmente se requiere que el Servicio sea el responsable de la implementación de procesos de formación y capacitación continua más allá de la mera solicitud de los organismos colaboradores acreditados, resguardando así estándares en la formación de los profesionales y técnicos -públicos y privados- que trabajan directamente con los sujetos de atención.

9. Prioridad absoluta en la atención a niños, niñas y adolescentes

El Proyecto señala la existencia del principio de la priorización, el cual se traducirá en que niños, niñas y adolescentes que sean sujetos de atención del Servicio, deberán ser atendidos prioritariamente en el marco

de los programas vigentes en los órganos de la Administración del Estado. Para una priorización efectiva se requiere establecer mecanismos de coordinación a nivel local entre las Instituciones que están a cargo directamente de los niños, niñas y adolescentes, como las residencias, tribunales de familia, consultorios de salud, sistema educativo, etc. y su protección integral por parte del organismo que efectúe dicha función. Para esto es fundamental que el proyecto establezca y refuerce el rol del intersector, su responsabilidad y mecanismos de coordinación para mejorar la atención que entregará el nuevo servicio que logre la protección, reparación y restitución efectiva de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que habitan el país y que han visto vulnerados sus derechos.