

NACIONAL

Más allá del «fin al Sename»: El cuidado residencial de la niñez y el proceso constituyente

Beyond the «end of Sename»: Residential care for children and the constituent process

María José Jara Leiva 

Observatorio de la Violencia Institucional en Chile

RESUMEN El sistema residencial de protección chileno ha sido duramente criticado por fracasar en garantizar un adecuado ambiente de protección y cuidado. El presente artículo reflexiona acerca de los principales desafíos que se deben asumir de cara al proceso constituyente para hacerse cargo de las causas estructurales de la crisis del sistema residencial chileno. Sobre la base de una revisión documental y un análisis descriptivo y crítico, se plantea que el actual sistema no se adapta al modelo de los derechos humanos. Con un fuerte énfasis en la caridad, el Estado de Chile ha tendido a delegar la responsabilidad del cuidado y la protección de la niñez y adolescencia en entidades privadas, lo que ha comprometido seriamente el ejercicio de sus derechos. Así, el proceso constituyente, de pretender hacerse cargo de la vociferada «crisis del Sename», debe culminar en un modelo de Estado que asuma su responsabilidad y posición de garante de los derechos humanos de la niñez.

PALABRAS CLAVE Derechos de la infancia, acogimiento alternativo residencial en Chile, subsidiariedad del Estado, protección integral de la niñez, constitución.

ABSTRACT The Chilean residential protection system has been harshly criticized for failing to guarantee an adequate protecting and caring environment. This paper focuses on the main challenges that must be addressed in the ongoing constitutional process in order to overcome the structural causes underlying the crisis of the Chilean residential system. Drawing from documentary research, and a descriptive and critical analysis, this article argues that the current Chilean residential protection system does not comply with the human rights model. With a strong emphasis on charity, the Chilean State has tended to delegate responsibility of children's care and protection to private entities, seriously compromising children's exercise of their rights. Therefore, if the constituent process shall deal with the so-called «Sename's crisis», it must culminate in a state model that assumes its responsibility and position as guarantor of children's human rights.

KEYWORDS Children's rights, Chilean residential alternative care, subsidiary of the State, comprehensive protection for children, constitution.

Introducción

En los últimos años se ha vivido en Chile una especie de *emergencia* de la cuestión de la niñez en residencias de protección, que ha puesto en duda la protección entregada por parte del principal órgano encargado de esa tarea: el Servicio Nacional de Menores (Sename). Diversos hechos noticiosos, estudios empíricos y pronunciamientos de organismos internacionales han puesto sobre la palestra pública las estremeceadoras violaciones a sus derechos humanos, mediante situaciones como descuidos, negligencias graves en el cuidado, maltratos, torturas y abusos sexuales. En efecto, el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), luego de su investigación relacionada con Chile en 2018, fue lapidario al concluir que el Estado chileno, por medio de sus tres poderes, ha violado de forma grave y sistemática, y desde hace un largo período de tiempo, los derechos humanos de la niñez acogida en el sistema residencial.¹ Encontramos, así, una lamentable contradicción: la intervención pública, a través de la separación del niño, niña o adolescente de su familia y su internación residencial (con las importantes consecuencias que lo anterior conlleva en sus vidas), fundada en la protección de sus derechos que han sido vulnerados, termina convirtiéndose en un factor potencial de revictimización, pues sus derechos —una vez más— se ven afectados, esta vez por el Estado.

Aunque no se discute que el sistema residencial chileno esté en crisis, no existe la misma claridad transversal sobre cuáles son sus causas estructurales y cómo operan. Frente a este vacío en la reflexión y discusión en torno al tema, se corre el peligro de que los esfuerzos que se destinen para mejorar el sistema sean correctivos superficiales en lugar de cambios sustanciales en la realidad de estos niños, niñas y adolescentes. Más aún, la excesiva dilación en alcanzar una solución real y efectiva «hace que se mantenga la estigmatización que sufren los llamados *niños y niñas Sename* como víctimas de esta crisis vociferada».²

Frente al resultado del plebiscito de octubre de 2020, con el que un amplio sector de la ciudadanía espera con ansias la elaboración de un nuevo pacto social, más inclusivo, participativo, plural e igualitario, es necesario preguntarnos si el actual modelo

1. «Informe de la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/CHL/INQ/1, 1 de junio de 2018, párrs. 111-116, disponible en <https://bit.ly/2TnXk56>.

2. María José Jara Leiva, «El cuidado residencial para niños, niñas y adolescentes en Chile: más allá del “fin al Sename”», *Entorno*, 2020, disponible en <https://bit.ly/3BlbPry>.

de Estado, cimentado en la Constitución de 1980, impacta en esta «crisis del Sename». De ser así, y de querer hacernos cargo realmente de esta crisis, entonces surgirá como pregunta ineludible la de cómo debe ser nuestra Constitución, y en especial el rol que ha de asumir el Estado frente a los derechos humanos de las personas, para mejorar la situación de la niñez y adolescencia separada de su medio familiar que es acogida bajo la modalidad alternativa de cuidado residencial.³

El presente artículo analiza algunas de las causas estructurales de dicha crisis, en particular el rol asumido históricamente por el Estado en relación con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; y los desafíos que se presentan en la materia con el proceso de elaboración de una nueva Constitución. Para ello, primero, se hace un breve recorrido histórico del cuidado residencial para niños, niñas y adolescentes en Chile. Luego, se reflexiona sobre una de sus causas estructurales, como es la inobservancia de las obligaciones que le corresponden al Estado para garantizar que el servicio de acogimiento sea adecuado. Por último, se esbozan algunos desafíos que se presentan al Estado de Chile en la materia en el proceso constituyente para dar un abordaje profundo a esta crisis.

Breve historia del cuidado residencial en Chile

Las primeras instituciones para la infancia marginada

Milanich explica que en las sociedades latinoamericanas como la chilena, profundamente estructuradas a partir de la jerarquía y la dependencia, la clase social influyó de manera sustancial en las prácticas legales y sociales de las relaciones de familia, profundizando las diferencias entre hijos e hijas de personas ricas y pobres. Por eso, en el Chile de los siglos XVIII y XIX, la descendencia de estas últimas, en lugar de reconocérseles derechos, estaba sujeta a la beneficencia caritativa extralegal que, aunque protegía su supervivencia, reforzaba su posición de subordinación (Milanich, 2009: 7; Rojas, 2010: 124).

Una expresión de esta beneficencia fueron las residencias u orfanatos,⁴ que, desde su surgimiento en el siglo XVIII, recibieron a decenas de miles de niños y niñas, por lo general huérfanos e hijos e hijas de madres solteras, abandonadas o viudas, la mayoría ilegítimos y pobres (Rojas, 2010: 124). Estas instituciones fueron manejadas desde sus primeros tiempos por órdenes religiosas y obras filantrópicas, que eran concebidas como las formas preferentes para encarar la cuestión social. Desde finales del siglo XIX, se fue incrementando la preocupación por quienes eran acogidos, aun-

3. Jara Leiva, «El cuidado...».

4. El primer orfanato en Chile, fundado en 1758, fue la Casa de Huérfanos de Santiago, que luego se llamó Casa de la Providencia. Este sigue funcionando hasta hoy, bajo el nombre de la Casa Nacional del Niño, de administración estatal.

que anteponiéndose por sobre sus intereses los de la sociedad. Por eso, adquirieron una función educativa para transformarlos en futuros ciudadanos útiles para la sociedad según su clase y género: los niños adquirirían un oficio y las niñas se preparaban para el trabajo doméstico (Milanich, 2001: 91-94).

A inicios del siglo XX, con el tránsito de una sociedad rural a una urbana, se produjeron importantes cambios en el orden social. La miseria acarreada por la industrialización generó la promulgación de leyes sociales y, con ello, la inclusión de lo social como preocupación de Estado, incluyendo el tema de la familia. Como explica Valdés, si bien esto produjo cierta devaluación del papel de las obras filantrópicas y la Iglesia católica como encargadas exclusivas de la asistencia, en las materias que afectaban a las familias marginadas estas coactuaron con el Estado (Valdés, 2017). Así, desde comienzos del siglo, comenzaron a proliferar las obras filantrópicas que funcionaban como residencias de protección. Pero estas, a diferencia del modelo caritativo previo, aunque siguieron operando por donaciones de filántropos y colectas públicas, recibieron mayor aporte fiscal mediante subsidios, y algunas de ellas pasaron a ser de propiedad estatal (Rojas, 2010: 225-227, 514).

Por otro lado, en el plano cultural y jurídico, se instaló un modelo de tratamiento de la infancia, conocido en América Latina como *doctrina de la situación irregular*, de carácter proteccionista o tutelar. En esta coexistía una visión general de los niños, niñas y adolescentes como almas puras e inocentes; y otra, reservada a aquellos *menores* en situación de marginalidad (abandonados, mendigos, huérfanos, etcétera) como un potencial peligro para la sociedad, el cual, de no tomarse medidas oportunas, se consumaría en una personalidad antisocial e infractora (Picontó, 1996: 40). Por eso, se entendía que requerirían de esfuerzos especiales para ser socializados de la forma conveniente para la sociedad a través de un fuerte control y disciplinamiento, cuyas formas preferentes fueron el encarcelamiento y la internación en instituciones.

Esta doctrina se instaló a nivel normativo con la Ley de menores de 1927 (mantenida posteriormente con la Ley de menores de 1967), la que plasmó el tratamiento que se le había de otorgar a la niñez considerada *en peligro material o moral*, el que abarcaba situaciones que iban desde la infracción de ley hasta el abandono y la negligencia parental. Otorgó, en cambio, gran poder a la judicatura para decidir sobre sus vidas. Jueces y juezas de menores, de forma absolutamente discrecional y tratando todas estas situaciones como un problema unitario, podían decidir la aplicación de medidas a su respecto, que iban desde una amonestación hasta la internación por tiempo indefinido en residencias o internados (Estrada, 2018: 4). De esta forma, las respuestas asistencialistas y discrecionales, que se fueron sucediendo en el siglo XX con mayor o menor intervención estatal, daban soluciones fragmentarias a cuestiones estructurales (García Méndez, 1994: 7).

En las décadas de los setenta y ochenta, el tratamiento tutelar de la infancia marginada adquirió la particularidad de que se vio fuertemente influido por la ideología

neoliberal impuesta. Su política social supuso una nueva forma de entender el rol del Estado, pues adquirió las características del libre mercado, y valoró e incentivó la participación del sector privado en las instituciones de beneficencia. Así, ante el dismantelamiento del Estado, el papel de la Iglesia y sus instituciones sociales se volvió más importante aún, y diversas instituciones filantrópicas y caritativas volvieron a ocupar un lugar relevante (Valdés, 2017).

La base jurídica de lo anterior es el principio de subsidiariedad del Estado, que se abstrae del artículo 1 y el artículo 19 numeral 21 de la actual Constitución. Una de sus principales premisas es la ineficiencia del ente público en la administración de recursos en comparación con el sector privado, así como las bondades del mercado como distribuidor de beneficios (Álvarez, 1994: 272). Pero en materia de infancia, este se comenzó a aplicar incluso antes de su constitucionalización, a través de la creación del Sename en 1979. Fue materializado a través de la firma de un sinnúmero de convenios con entidades privadas para que estas administraran las instituciones residenciales, el traspaso a su administración de todas las que hasta ese momento eran administradas por el Estado, y el incentivo al sector privado para emprender esa actividad a través de la entrega de una subvención fiscal por niño, niña o adolescente atendido. Se trató, así, de un traspaso de la responsabilidad de atención al sector privado, asumiendo el Estado un rol normativo y fiscalizador, autolimitando al máximo sus funciones en favor de la entidad privada (Illanes, 1991: 4-5).

No obstante, a causa de la crisis económica de los años ochenta que afectó al país, el valor de las subvenciones fue reduciéndose y tornándose poco atractivo para el sector privado, con lo cual se desincentivó su participación. Junto a eso, se debilitó todavía más el débil rol de fiscalización que tenía el Sename sobre las instituciones colaboradoras. La precariedad de los recursos públicos traspasados, junto con la aplicación de las lógicas propias del mercado, lo forzó a convertirse en un servicio menos exigente y más tolerante hacia los privados, pues la falta de competencia de otros interesados le dificultaba cada vez más tomar la determinación de caducar los convenios vigentes ante alguna irregularidad. En otras palabras, el acogimiento de la niñez y la adolescencia privada de su medio familiar quedó supeditado a un modelo híbrido que, si bien posee atisbos de ciertas reglas del libre mercado, opera sobre un mercado empobrecido y sin competencia (Álvarez, 1994: 276-277). Sin embargo, a diferencia de lo que podría pensarse, estas deficiencias no llevaron a cuestionar el modelo, sino al contrario. La actividad privada siguió siendo sumamente valorada en el desarrollo de las instituciones, por lo que proliferó y se consolidó como modo de funcionamiento óptimo, incluso hasta nuestros días.⁵

5. Jara Leiva, «El cuidado...».

La Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación

El retorno a la democracia en Chile coincidió con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1990. Además de reflejar una especie de consenso global acerca de la importancia de abordar la cuestión de la niñez, lo que se refleja en su rápida y amplia ratificación por los Estados de todas las regiones del mundo,⁶ su importancia radica en que significó un cambio de paradigma en lo relativo a sus derechos. Con la CDN se dejaba atrás el modelo tutelar como modelo de tratamiento adecuado para abordar las problemáticas que aquejaban a la infancia, especialmente a aquella en situación de vulnerabilidad, a través de su consideración como *objetos* de protección de las personas adultas. En cambio, dio mayor consideración y protección a su autonomía e intereses, elevando la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes a la de *sujetos* de derechos.

Al considerar a la niñez y la adolescencia como sujetos de derechos humanos, los que, en cuanto tales, son universales e interdependientes, el nuevo paradigma que instala la CDN exige a los Estados el desarrollo adecuado de políticas sociales universales en favor de *todos* los niños, niñas y adolescentes como titulares de *todos* los derechos. Con ello, se rompe la antigua estrategia fraccionadora propia del modelo tutelar, en virtud de la cual las políticas de protección tenían que dirigirse exclusivamente a una parte de la infancia, la más desventajada. La protección entendida conforme a la CDN, además, deja de lado los postulados filantrópicos, asistenciales y caritativos, puesto que entenderla como derecho implica también la asunción de responsabilidades para su garantía, mecanismos de exigibilidad y remedios legales frente a su vulneración (Beloff, 2009: 36-38).

«Pese al entusiasmo, la ratificación de la CDN por el Estado de Chile no ha implicado, a la fecha y tras 30 años, el establecimiento de un modelo de derechos humanos en el país más allá de la retórica».⁷ A nivel jurídico, no existe una real adecuación a este tratado internacional, pues existen leyes profundamente contradictorias (como la ley de menores), decisiones judiciales que no respetan las garantías procesales, y carencias normativas (Estrada, 2015: 32). Entre estas últimas, cabe destacar la inexistencia de una ley de protección integral de la infancia⁸ y la falta de reconocimiento en la Constitución de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos humanos. Más aún, la infancia es totalmente invisibilizada en la Carta Fundamental —la que se refiere solo indirectamente a esta población en su calidad de hijos e hijas

6. Actualmente, Estados Unidos es la única excepción.

7. Jara Leiva, «El cuidado...».

8. A la fecha se encuentra en una lenta tramitación legislativa, a través del proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín 10.315-18). Chile es de los pocos países de América Latina que no cuenta con una ley sobre este tema.

de sus progenitores—, los excluye del concepto de ciudadanía y no incorpora las prerrogativas y principios fundamentales en materia de infancia contenidos en la CDN, así como en otros tratados internacionales de derechos humanos.

Respecto a las políticas sociales, aunque los Gobiernos posdictatoriales han tendido a aumentar el gasto social, la lógica de subsidiariedad del Estado ha permanecido inalterada. Más bien, el intento se dirigió en convertir a las políticas sociales en un elemento auxiliar del desarrollo económico del país. De ahí que los esfuerzos de los Gobiernos se hayan encaminado a perfeccionarlas mediante la mejora de la atención y la satisfacción del usuario, pero no a modificar la institucionalidad heredada, así como tampoco a superar la concepción y las prácticas de las que son destinatarios los *vulnerables*, plagadas de elementos de asistencia y control social (Torres, 2008: 21).

Finalmente, a nivel cultural convivimos, todavía, con visiones adultocentristas, asistencialistas y criminalizadoras respecto de este grupo, que sigue siendo visto como población desvalida, a la vez que potencialmente peligrosa.⁹ Como ha destacado el CRC, en Chile persisten actitudes autoritarias y paternalistas hacia la infancia, en especial la carente de recursos económicos, que colisionan directamente con un enfoque basado en derechos.¹⁰

Las causas de la crisis

Existen suficientes antecedentes, documentados por diversos órganos e informes, para aseverar que el acogimiento residencial en Chile no cumple con su misión de proteger de forma integral a la niñez privada de su medio familiar. Por razones de extensión, este artículo no pretende exponer las aristas de la crisis. No obstante, sí intentará explicar algunas de sus causas y cómo operan.

El CRC, al indicar las causas que considera como estructurales en la difícil crisis del sistema residencial de protección chileno, incluyó, entre otras, «una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado» y «la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros en el sistema».¹¹ Estas causas tienen relación con las

9. A modo de ejemplo, esto último quedó en evidencia con el convenio celebrado en 2020, en el marco del estallido social, entre la Agencia Nacional de Inteligencia y el Sename para el traspaso de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes atendidos por el servicio, el cual fue finalmente dejado sin efecto luego de fuertes críticas.

10. «Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 44 de la Convención», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.173, 3 de abril de 2002, párrs. 7 y 29, disponible en <https://uni.cf/2Urv31>; «Observaciones finales: Chile, Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al artículo 44 de la Convención», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 32, disponible en <https://undocs.org/sp/CRC/C/CHL/CO/3>.

11. CRC, «Informe...», párr. 122.

obligaciones que el Estado asume —o en este caso, deja de asumir— con respecto a la niñez y adolescencia en acogimiento residencial, y son parte de la protección integral que debe existir desde un enfoque basado en derechos.

Como ya se señaló, el principio de subsidiariedad del Estado prima en Chile incluso en lo que respecta a la prestación de los servicios de protección y cuidado de la niñez privada de su medio familiar. Si bien el Estado ha sido, en mayor o menor medida, un ausente histórico en la protección de la infancia, con la incorporación de este principio se reforzó su desvinculación de aquella función pública y su exposición a las reglas de mercado. Esto se oficializó con la creación del Sename en 1979, se profundizó en 2005 con la aprobación de la Ley 20.032 que regula la subvención otorgada a los organismos colaboradores acreditados, y se mantiene con la recientemente promulgada Ley 21.302, que crea el nuevo Servicio de Protección Especializada para la Niñez y Adolescencia.

Conforme a la ley actualmente vigente, junto con estos organismos colaboradores, existen los organismos coadyuvantes, también privados, que del mismo modo pueden administrar residencias, pero que no son acreditados ni subvencionados por el Sename. El Estado, por su parte, también puede administrar centros directamente. En la práctica, el internamiento de niños, niñas y adolescentes en residencias administradas por privados es decididamente mayor. Para el año 2020, de las residencias de protección existentes, 14 eran administradas por el Estado (equivalentes al 6%) y 215 administradas por privados (94%). De estas últimas, 160 eran administradas por organismos colaboradores acreditados y 55 por coadyuvantes.¹² Se aprecia, todavía, una confianza firme en el sector privado a efectos de la prestación del servicio.

Del propio texto de la ley que regula el Sename se puede interpretar cierta autolimitación de su función en cuanto a la protección de la infancia. Por ejemplo, según su normativa, este servicio tiene la misión de «*contribuir* a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos» (artículo 1 del Decreto Ley 2.465; el destacado es nuestro). Esto lo hará mediante acciones que lleve a cabo por sí mismo o a través de sus organismos *colaboradores*, en el cumplimiento «del rol público de atención o cuidado de la niñez» (Ley 20.032, artículo 4, numeral 1) que aquellos desarrollan.¹³ De esta manera, de los propios términos utilizados, se aprecia una noción de responsabilidad compartida

12. «Catastro de la oferta programática de la red Sename», Sename, Departamento de Planificación y Control de Gestión, mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/2UU16n7>. La información relativa a los organismos coadyuvantes consta en la respuesta de Sename a solicitud de información: Servicio Nacional de Menores, Carta 241, «Responde solicitud de acceso a información», 15 de mayo de 2020. Este documento fue obtenido por la autora del artículo mediante solicitud de información pública AK004T-0003831, del 3 de abril de 2020, dirigida al Sename.

13. La Ley 21.302, en su artículo 59, numeral 5, cambia esa redacción, y los define como las personas jurídicas sin fines de lucro «que tengan por objeto desarrollar los programas de protección especializada».

de la función de protección de los derechos de la infancia en acogimiento residencial con los privados, que no atiende a su posición de garante principal.¹⁴ Y aun respecto de las residencias administradas por el ente público, donde prevalecen también serias deficiencias, el Estado no ejerce su rol de protección integral de los derechos de la niñez, pues el Sename, como órgano encargado, es un ente débil y no cuenta con suficientes recursos (Gale, 2016: 6, 48).

Por su parte, los organismos colaboradores acreditados, que administran la mayoría de las residencias, lo hacen a cambio de una «subvención». Como observó el CRC, la elección de ese término por parte del legislador no es irrelevante, ya que instala la idea de que se tratara de una *ayuda* pecuniaria que el Estado concede para el desarrollo libre de una actividad económica, en lugar del financiamiento de una función pública, aunque sea desarrollada por privados. Por lo demás, el monto de la subvención es sumamente escaso, razón por la cual las residencias, para funcionar, terminan dependiendo en gran medida de las donaciones particulares y de los programas de voluntariado. Y si bien las residencias de administración pública reciben un financiamiento mayor, no escapan de problemas, pues sigue este siendo precario para la prestación de los servicios mínimos que requieren.¹⁵ Por último, los coadyuvantes no revisen financiamiento estatal alguno, por lo que su situación en este sentido es crítica. Estos antecedentes constituyen una muestra clara de la escasa inversión pública en las políticas sociales de la infancia.

Todo lo anterior es contrario al artículo 20 de la CDN, según el cual el rol del Estado consiste no solamente en asegurar la prestación de un servicio de cuidado residencial para cuando sea necesario, sino en garantizar, como principal obligado, que este sea idóneo y que los derechos de la niñez sean respetados y protegidos durante el acogimiento. Si bien esta disposición no prohíbe la posibilidad de delegar la tarea en manos de entidades privadas, según ha subrayado el CRC en su Observación General 16, las obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos adquieren en este caso especiales alcances para garantizar la idoneidad del acogimiento.¹⁶

Aunque el presente artículo se centra en lo relativo al financiamiento, es preciso señalar que la subsidiariedad del Estado en el sistema residencial adopta diversas formas de manifestación además de lo mencionado respecto de la subvención, como la falta de regulación jurídica clara y de una supervisión fuerte.¹⁷ Esta lógica abstencio-

14. Andrade y Arancibia (2010: 131, 137) plantean que existe una noción de *corresponsabilidad implícita* entre el Estado y la sociedad civil en materia de infancia, pero con una interacción fuerte en la etapa de implementación y de ejecución de las políticas de protección, no así en su diseño.

15. CRC, «Informe...», párr. 50.

16. «Observación General 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, párrs. 10 y 25, disponible en <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/16>.

17. Más desarrollo de los restantes aspectos se puede encontrar en Jara Leiva (2020).

nista «provoca una supeditación casi absoluta de la niñez y adolescencia bajo cuidado residencial a la gestión, voluntad, criterio y creencias de los particulares».¹⁸ En este sentido, uno de los mayores problemas que en Chile aquejan al sistema residencial de la niñez es que la prestación del acogimiento, y sobre todo su financiamiento, se concibe como un asunto puramente benéfico y caritativo, en lugar de como un deber del Estado que deriva de su obligación de garantía de los derechos humanos. En otras palabras, la protección entregada por el Estado, lejos de separarse del todo del modelo tutelar antecesor, se sigue cimentando en la idea del cuidado como un asunto de beneficencia y no de derechos humanos.¹⁹

El principio de subsidiariedad en el sistema residencial de protección es perpetuado por la Ley 21.302 (cuya entrada en vigor será en octubre de 2021), la que crea la institución que reemplazará el Sename: el Servicio de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia (conocido, de forma poco afortunada, como «Mejor Niñez»). La ley incorpora avances relevantes, como el robustecimiento de ciertas funciones y facultades del servicio, la incorporación de los derechos de la niñez como principios rectores y enfoque de la atención, y la supresión de la figura de los coadyuvantes. Sin embargo, las esperanzas de que signifique una solución real son todavía exiguas, puesto que mantiene la lógica de subvención y de delegación (aunque algo más matizada) de la función del acogimiento en las entidades privadas, sin los estándares reforzados que debiera cumplir el Estado al privatizar una función pública esencial como es el cuidado residencial, manteniendo su dependencia de la caridad.

Por lo demás, a nivel legal sigue existiendo en Chile una gran deuda pendiente: una ley de protección integral de la infancia. Su proyecto, bajo el nombre de «ley de garantías», aún se encuentra en una lenta tramitación parlamentaria.²⁰ La falta de una ley de este tipo (junto a otras carencias del Estado en materia de la garantía de derechos económicos, sociales y culturales) provoca que el sistema actual de protección de la niñez tenga un vicio de base desde un enfoque de derechos de la niñez. Su vicio consiste en que el sistema fracciona a la infancia y se dirige a una parte de ella (la marginada); y que actúa de forma reactiva cuando las vulneraciones a sus derechos ya se produjeron, en lugar de prevenirlas fortaleciendo los apoyos a las familias y comunidades. Una ley de protección integral debería ser la base jurídica, política y social sobre la cual se erija la institucionalidad de la infancia, de manera que los

18. Jara Leiva, «El cuidado...».

19. Jara Leiva, «El cuidado...».

20. Poco antes de la publicación de este artículo, parte del articulado del proyecto de ley de garantías fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado ante el Tribunal Constitucional por parlamentarios de Chile Vamos. El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento mediante sentencia del 26 de julio de 2021 (rol 11.315/11.317-21-CPT), cuyo voto de mayoría se aleja de una interpretación conforme a un enfoque de derechos de la niñez.

cambios que se producen sin ella, si bien pueden ser necesarios, no significarán (y dilatarán) su transformación estructural.

Desafíos frente a una nueva constitución

Si realmente queremos hacer un cambio en la situación de desventaja que viven los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo el cuidado residencial en Chile, es menester tomarnos en serio algunos desafíos que se nos plantean de cara a un nuevo pacto social, algunos de los cuales mencionaré a continuación. Varios dicen relación con la condición jurídica de la niñez en general y la protección de sus derechos humanos en tanto personas. Esto, pues es imprescindible dejar de fraccionar la infancia, y priorizar las medidas universales que tiendan al respeto, protección y garantía de los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la existencia de políticas especiales para aquellos privados de su medio familiar.

En primer lugar, es fundamental que la constitución reconozca a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. La positivización de derechos fundamentales en la norma fundamental de los Estados por parte del poder constituyente los sitúa en un puesto jerárquicamente relevante y resistente dentro del sistema jurídico, y pasan a operar como límites al poder, de manera que este debe garantizarlos y no puede vulnerarlos (Prieto, 1990: 111-117). De ahí que su inclusión en ella da garantías serias para su debida implementación práctica. Por otra parte, como reflexiona García Méndez (2007: 29), la incorporación de derechos de la infancia en la carta fundamental supone romper con el sentido jurídico común instalado con las leyes y prácticas tutelares, y con la idea de que la constitución y los derechos fundamentales que reconoce no deben interferir en la práctica de compasión-represión propia del sistema tutelar. Pero, además, permitiría derribar la idea de que los derechos fundamentales no deben alcanzar el ámbito impenetrable de la esfera familiar (dominada por el *pater familiae*), y subrayar que los niños, niñas y adolescentes son personas antes que hijos e hijas de otras.

Un derecho cuya protección es especialmente clave desde un enfoque de derechos de la niñez es el de participación. Su importancia radica en que este da mayor atención a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes, en coherencia con su condición de sujetos de derechos. El reconocimiento y protección de este derecho fortalece su rol como agentes de sus propias vidas y actores sociales valiosos, contribuyendo derribar con ello el adultocentrismo característico del sistema tutelar. En esta línea, un desafío especial sería el reconocimiento de derechos políticos para este grupo, como el sufragio activo y pasivo, conforme su autonomía progresiva, transformando el concepto de ciudadanía actualmente existente.²¹

21. Jara Leiva, «El cuidado...».

También sería coherente con su condición de sujetos, permitir a los adolescentes su participación en el proceso de redacción del nuevo pacto social, y escucharlos de forma seria como interlocutores válidos y valiosos.²² Su marginación hasta ahora del proceso constituyente es especialmente paradójica, teniendo en cuenta el conocido rol que tuvieron los estudiantes secundarios, mediante su reivindicación por demandas sociales históricas y transversales, como actores detonantes del estallido social que desembocó en el proceso constituyente. Se trata de una negación formal de un rol social activo que están ocupando los adolescentes de hecho y que, por lo demás, ha dado impulso a uno de los procesos políticos más importantes que ha vivido el país en el último tiempo.

En segundo lugar, para adecuar el sistema de protección de la niñez a un modelo de derechos humanos, es imprescindible replantear el modelo de Estado. Su corte profundamente abstencionista y neoliberal en relación con los derechos humanos incide irresistiblemente a la forma de acumulación de poder y la distribución de la riqueza y, con ello, al establecimiento de situaciones de vulnerabilidad. Por eso, es elemental garantizar condiciones de vida digna para todas las personas, que permitan el diseño y consecución de sus planes de vida y el libre desarrollo de la personalidad en condiciones de igualdad.

Por otro lado, se explicó antes que la protección de los derechos de la niñez requiere dejar de entenderla como un mero proceso caritativo, consistente en hacer favores a los niños, niñas y adolescentes *desvalidos*, sino como una obligación jurídica del Estado como contracara a sus derechos humanos. En este sentido, será crucial garantizar universalmente los derechos, en particular aquellos derechos económicos, sociales y culturales a todas las personas, de forma de asegurar la protección integral de toda la infancia, y evitar políticas fraccionadoras y reactivas. La protección integral de los derechos de la niñez encuentra mejor acomodo en un Estado social de derecho, que admite y exige mayor intervención del ente público para, a partir del reconocimiento de aquellas garantías, tender a la igualdad no solo formal, sino también sustantiva.

En tercer lugar, el reconocimiento y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe ir acompañado del fortalecimiento de un trabajo comunitario y la entrega de apoyos económicos y sociales a las familias y comunidades para ase-

22. Al respecto, la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile publicó en mayo de 2021 un documento de metodologías de participación con niñas, niños y adolescentes para el proceso constituyente, a fin de fomentar su inclusión en espacios de participación ciudadana: «Voces constituyentes: Metodologías de participación con niñas, niños y adolescentes para el proceso constituyente», Facultad de Ciencia Sociales de la Universidad de Chile, disponible en <https://bit.ly/36W749D>. Así también, la Defensoría de la Niñez ha instado por su consideración en el proceso (se puede consultar al respecto el Boletín 1 de la Defensoría de la Niñez, disponible en <https://bit.ly/36ObQpN>).

gurar una vida digna a toda la población.

En cuarto lugar, es necesario reconocer constitucionalmente la diversidad de las formas de familia, aparte del binomio tradicional hombre-padre y mujer-madre unidos en matrimonio. Este rasgo ha estado presente históricamente en la sociedad chilena, pese al intento de institucionalización que las familias han sufrido para ajustarlas al modelo tradicional patriarcal (Valdés, 2017). Su reconocimiento y protección constitucional contribuirán a hacerlas beneficiarias de políticas sociales, las que deberán adaptarse a su realidad diversa; y les dotará de salvaguardas fuertes frente a leyes y decisiones (incluidas las que pueda tomar el tribunal de familia a la hora de separar a los niños, niñas y adolescentes de su medio familiar) que discriminen y perpetúen prejuicios y estereotipos.

Ligado a lo anterior y en quinto lugar, debería establecer y garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia, como espacio por lo general (aunque no irrefutablemente) idóneo para su libre e íntegro desarrollo, derecho que habrá de guiar las medidas de protección y la prestación de cuidado alternativo. Este derecho a vivir en familia ha de ser entendido respecto de todas las formas de familia, sin discriminación, y con base en las características, necesidades y antecedentes del niño, niña o adolescente y su familia en concreto. En efecto, así fue hecho presente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile en su sentencia condenatoria en el caso *Atala Riffo*.²³ Pero, además de reconocer sus diversas formas, el derecho internacional de derechos humanos subraya la necesidad de entender que forman parte de ella los miembros de la familia nuclear o inmediata, la ampliada o extensa, así como otras modalidades más o menos estructuradas de base comunitaria, compuestas por personas que puedan ser significativas para el niño, la niña o el adolescente, como sus amistades, vecinos y vecinas, profesorado, etcétera.²⁴ En definitiva, la constitución debiera permitir verse permeada por la complejidad de la realidad social, y no forzar una interpretación únicamente restringida de familia.

En sexto lugar, es fundamental que la Constitución sienta las bases para que el Estado garantice la existencia de condiciones mínimas para que las modalidades alternativas de cuidado, y en especial las de tipo residencial, sean acorde con la dignidad y condición de sujetos (y no objetos) de derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, al nuevo pacto debería dejar de relegar al Estado a un rol subsidiario en las políticas sociales en materia de la niñez vulnerada en sus derechos, y ocupar en cambio un papel activo, como corolario de la responsabilidad primordial que le

23. Sentencia del caso *Atala Riffo y niñas con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C núm. 239, fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, párrs. 109-111.

24. A modo de ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 4, párr. 6; y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General 21, párr. 13, y Recomendación General 29, párrs. 16 y 18.

corresponde en el respeto, protección y garantía de los derechos humanos de las personas, deber que se ve además reforzado frente a la infancia. Esto debería verse traducido, a nivel legal, en la adecuación legislativa al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, el aseguramiento de un financiamiento apropiado, una supervisión fuerte, una regulación clara de los estándares mínimos de la atención, entre otros aspectos.²⁵

Las constituciones y las leyes no son instrumentos suficientes para cambiar de forma profunda la condición jurídica y social de la infancia. Una transformación real requiere sobre todo desmontar la cultura tutelar de nuestra sociedad y de cada una de las personas que la integramos, y con ello la forma de relacionarse del mundo adulto con la niñez. No obstante, como reflexiona García Méndez (2007: 38), sí son condiciones *sine qua non* de la mejora de su situación y, sobre todo, de la calidad de nuestra democracia. Asumir los desafíos constitucionales arriba planteados permitirá dar un lugar jurídicamente relevante a uno de los grupos más marginados históricamente en nuestra sociedad, pero su consecución no debe implicar dejar de lado otras luchas que haya que librar.

Conclusiones

La crisis del sistema residencial en Chile tiene hondas raíces históricas, sociales, políticas y económicas. Desde que surgieron las primeras residencias, el sector privado, a través de obras filantrópicas y órdenes religiosas, asumió la tarea de dar cobijo a los hijos e hijas de las personas pobres. Con la instauración de la política neoliberal, la acción caritativa hacia la infancia se acompañó por una lógica de mercado, a través de la creación del Sename y de su régimen de subvención a entidades privadas, basada en el principio de subsidiariedad del Estado. Si bien rápidamente mostró su fracaso, con los años el sistema solo fue perfeccionado y se mantuvo su estructura hasta el día de hoy.

Tenemos entonces que el ente público interviene en el ámbito privado de la familia (mediante una decisión judicial) cuando supone que un niño, niña o adolescente no es cuidado y protegido de forma adecuada. Pero luego, deja la labor de brindar aquel cuidado y protección a una entidad privada, desvinculándose de forma excesiva de su responsabilidad una vez ejercida su primera intervención. Esta delegación de funciones se ha transformado en una transferencia de responsabilidad y en una supeditación casi absoluta de la niñez en acogimiento residencial a la gestión del ente particular que es contraria a los derechos humanos, y que parece basarse en la idea de que la protección de la infancia corresponde exclusivamente a la esfera privada.

Ante eso, para darle un verdadero «fin al Sename», más allá de la creación de

25. Jara Leiva, «El cuidado...».

nuevos órganos que le reemplacen, es imprescindible que el proceso constituyente culmine en una constitución que tome en serio los derechos de los niños, niñas y adolescentes en general, y a aquellos que han sido vulnerados en el ejercicio de sus derechos en particular. Mejorar su situación exige cambiar el rol que el ente público ha asumido en relación con los derechos humanos. Más allá del Sename, se requiere un modelo de Estado que actúe en coherencia con su responsabilidad ante sus obligaciones en materia de derechos humanos, y con la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos actuales y completos, con necesidades complejas y concretas que deben ser satisfechas. Es fundamental también el reconocimiento de la diversidad de formas de las familias, y la entrega de apoyos necesarios para el ejercicio de una parentalidad adecuada cuando lo requieran. Asimismo, el reconocimiento del derecho a vivir en familia, entendida esta de forma amplia, y la garantía de cuidados alternativos acordes con los estándares internacionales de derechos humanos. El mejoramiento de su condición jurídica, si bien no es suficiente por sí sola, es un elemento imprescindible para contribuir a la mejora de su realidad.

Referencias

- ÁLVAREZ, Jorge (1994). «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social». En Francisco Pilotti (coordinador), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile: Desarrollo de perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico* (pp. 265-292). Montevideo: Instituto Interamericano del Niño.
- ANDRADE, Carlos y Sara Arancibia (2010). «Chile: Interacción Estado-sociedad civil en las políticas de infancia». *Revista Cepal*, 101: 127-143. Disponible en <https://bit.ly/3hRV93f>.
- BELOFF, Mary (2009). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- ESTRADA, Francisco (2015). «La ilusión de la protección». *De Familias y Terapias*, 39: 21-39. Disponible en <https://bit.ly/3hQslbf>.
- . (2018). «Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas». *Revista Estudios de la Justicia*, 28: 10-50. DOI: [10.5354/0718-4735.2018.50370](https://doi.org/10.5354/0718-4735.2018.50370).
- GALE, Chrissie (2016). «El cuidado infantil alternativo y la desinstitucionalización: Estudio de caso de Chile». Center for Excellence for Looked after Children in Scotland (CELCIS).
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994). «La Convención Internacional de los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a infancia-adolescencia como sujetos de derechos». En Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral* (pp. 73-88). Bogotá: Forum Pacis.

- . (2007). «Infancia, ley y democracia: Una cuestión de justicia». *Justicia y Derechos del Niño*, 9: 27-47. Disponible en <https://bit.ly/3kFGXfz>.
- ILLANES, Marta (1991). *Análisis de situación de los niños y jóvenes en circunstancias especialmente difíciles en Chile: Menores institucionalizados*. Santiago.
- JARA LEIVA, María José (2020). *Acogimiento residencial para niños y niñas: Análisis crítico del sistema chileno*. Trabajo de fin de máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.
- MILANICH, Nara (2001). «Los hijos de la Providencia: El abandono como circulación en el Chile decimonónico». *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 5 (1): 79-100. Disponible en <https://bit.ly/3ijUs1m>.
- . (2009). *Children of fate: Childhood, class, and the State in Chile, 1850-1930*. Durham: Duke University Press.
- PICONTÓ, Teresa (1996). *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*. Zaragoza: Egido.
- PRIETO, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- ROJAS, Jorge (2010). *Historia de la infancia en el Chile republicano, 1810-2010*. Santiago: Junta Nacional de Jardines Infantiles.
- TORRES, Osvaldo (2008). «Niñez, políticas públicas y sociedad civil». *Niñez y Políticas Públicas*, 3: 17-45. DOI: [10.5354/0718-0527.2014.31052](https://doi.org/10.5354/0718-0527.2014.31052).
- VALDÉS, Ximena (2017). *La vida en común: Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX*. Santiago: Lom.

Reconocimiento

El presente artículo se basa en el capítulo 3 del trabajo de fin de máster de la autora: María José Jara Leiva, «Acogimiento residencial para niños y niñas: Análisis crítico del sistema chileno», máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.

Sobre la autora

MARÍA JOSÉ JARA LEIVA es abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Doctoranda en Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile. Diplomada en Pueblos Indígenas, Medioambiente y Procesos de Diálogo en el marco del Convenio 169 de la OIT por la Universidad de Chile, y en Derechos de la infancia y litigio estratégico frente al sistema interamericano de derechos humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Es investigadora del Observatorio de la Violencia Institucional en Chile (OVIC). Su correo es mariajose.jara.l@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-9596-873X>.

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación semestral de referencia y consulta en materia de derechos humanos y campos afines. Busca ser un espacio de discusión de los temas centrales en el ámbito nacional e internacional sobre derechos humanos. Es publicado desde 2005 por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

EDITORA

Claudia Iriarte Rivas

ciriarter@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

anuariodh.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

anuario-cdh@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)