

Nuevas perspectivas legales y judiciales en los sistemas de protección a la niñez

Fabiola Lathrop

Primer curso interdisciplinario de infancia y adolescencia

PUC 2019, 14 enero


Relaciones de poder en Estados de bienestar modernos

Berggren y Tragardh (2010)

- **USA:** predomina la relación entre los **derechos individuales y los valores familiares** por sobre el Estado (visto generalmente como una potencial amenaza a la libertad);
- **Países nórdicos:** la alianza dominante es entre el **individuo y el Estado** para perfeccionar la igualdad y la autonomía individual, entendida esta última como la liberación del ciudadano (niños y adultos) de las relaciones de subordinación y dependencia al interior de la familia y en otras esferas sociales y laborales;
- **Alemania:** el eje central es el que conecta a la **familia con el Estado** con un énfasis menor en las libertades individuales

¿Y los NNA?

- relación más directa de los niños con el Estado: **desfamiliarización** (Esping-Andersen), aumentar los beneficios y servicios aportados por el Estado a las familias disminuye la dependencia de los individuos de las redes familiares a las que pertenecen
- ciertas políticas públicas **transfieren del hogar a instituciones públicas o privadas** parte de las responsabilidades del cuidado de niños, discapacitados y ancianos
- **refamiliarización:** esquemas post-natales que otorgan tanto a la madre como al padre

- 
-
- mayor injerencia del Estado en la crianza de los niños y la correspondiente disminución de la autoridad de los padres se manifiesta a través de diversas intervenciones en **ámbitos tradicionalmente considerados como privativos de la función parental**, tales como la prohibición del **castigo físico y la humillación como medidas disciplinarias**, lo que se refleja en la promulgación de leyes que expresamente lo prohíben en 40 Estados, incluyendo varios en América Latina, tales como Brasil que lo hizo en 2014

-
- **Estudio '90: dos grandes orientaciones**
 - Énfasis en **intervención protectora del Estado** (Estados Unidos, Canadá e Inglaterra)
 - Énfasis en **políticas para el fortalecimiento familiar** (Suecia, Dinamarca, Finlandia, Bélgica, Los Países Bajos, y Alemania). Se subdivide en:
 - **europeos continentales:** con inclinación hacia los servicios familiares pero con intervención estatal moderada
 - **países nórdicos:** con clara preferencia por una activa provisión estatal de servicios familiares

- **Año 2011: nuevo estudio**

- los países avanzan hacia una mayor protección pero a través de mecanismos más transparentes y basados en instrumentos diagnósticos más confiables
- diversas investigaciones han reconocido el valor de la prevención y las intervenciones tempranas en el desarrollo de los niños
- surgimiento de una **tercera orientación**, centrada en los niños y basada en los derechos. De fuerte inspiración en la CDN, que considera al niño como un individuo –ciudadano- que establece ciertas relaciones independientes con el Estado.




Diagnóstico regional SNP según CIDH

- Aproximación general
- Dimensión institucional
- Acceso a la justicia
- Presupuesto
- Centralidad NNA
- Protección como un continuum



Aproximación general


- Importantes brechas entre el **reconocimiento jurídico** de los derechos de la niñez en la ley, y la **realidad** en la que viven muchísimos NNA
- Brechas entre el mandato legislativo de **creación de los SNP** y las **responsabilidades** que la norma les otorga, con su **implantación efectiva y funcionamiento real**

- 
-
- Diversidad de **sistemas y modelos**
 - Normas con rango de ley que transponen y adaptan al Derecho interno los contenidos de la CDN; usualmente **Códigos** de Niñez o **Leyes Especiales** de Niñez, con carácter **integral**
 - Usualmente aglutinan en un solo instrumento aspectos jurídicos relativos a la niñez que estaban dispersos en cuerpos normativos, como los referidos a la **familia o al sistema penal juvenil**


Dimensión institucional


- Se distinguen:
 - i) órganos o entes responsables, en diversos niveles, para **concertar y tomar decisiones** sobre las normas, políticas, programas, prácticas y servicios;
 - ii) organismos, entes e instituciones responsables por la **implementación** de las políticas, prácticas, programas, y por la **prestación de los servicios** y la **atención directa** a NNA y a sus entornos;
 - iii) ente u organismo responsable por la **coordinación y la articulación** de todos los órganos y actores que concurren en el SNP (ente rector)

-
- **Principales diferencias:** mandato y competencias de cada institución u organismo, estructura, nivel administrativo, composición, funcionamiento, y recursos asignados
 - La formulación de políticas y programas, su ejecución, y la coordinación del SNP es ejercida por una **diversidad de instituciones**, desde consejos nacionales, direcciones generales, ministerios, vice-ministerios, secretarías presidenciales e institutos especializados, todos con **diferentes niveles jerárquicos y niveles de autonomía política, técnica y financiera**


- 
-
- En un número significativo de países, una **misma instancia** tiene asignadas funciones como **ente rector o de coordinación**, y de organismo **implementador**
 - En otros países, el órgano encargado de la formulación y aprobación de las **políticas de niñez** a nivel nacional tiene atribuidas también las funciones de **ente rector o de coordinación del sistema**

-
- En **Brasil, El Salvador, República Dominicana y México**, la ley atribuye funciones de órgano **coordinador o rector** a los órganos a cargo de la aprobación de las **políticas de niñez**
 - La CIDH valora este modelo pues el mismo órgano que formula la Política Nacional, programas y servicios, y hace seguimiento a su cumplimiento, coordina el funcionamiento de todo el SNP y ofrece los direccionamientos técnicos para el cumplimiento de las políticas, programas y servicios, **aunando así la dimensión programática con la institucional**

- 
-
- Sin embargo, la CIDH también nota que en la práctica puede ser **contraproducente sobrecargar el órgano nacional** encargado de la adopción de las políticas de niñez con funciones que son propiamente ejecutivas y de gestión
 - A menos que se le dote de recursos suficientes para poder realizar las funciones propias de un ente coordinador o rector, por ejemplo a través de una **secretaría ejecutiva bien dotada de medios humanos, financieros y técnicos**


- 
-
- falta de liderazgo que podría traducirse como **falta de voluntad política**
 - permanencia de la **institucionalidad de carácter tutelar y asistencialista**, así como de prácticas y procedimientos propios de ese paradigma
 - necesidad de desarrollar **nuevas capacidades, métodos de trabajo, habilidades y procesos** desde la lógica sistémica
 - **asignación insuficiente de recursos**

-
- No existe un **liderazgo político de alto nivel** que otorgue la necesaria relevancia e impulse el funcionamiento del SNP y la implementación de la Política Nacional para la Niñez
 - Si bien la CIDH se congratula que en algunos países la presidencia del SNP la ostente el **Presidente del país** (o el Gobernador en caso de los estados que integran una Federación), en otros casos se trata del **Ministro** encargado de los temas de niñez quien preside, mientras que en otros países la estructura administrativa del SNP se ubica por **debajo del nivel ministerial**

- 
-
- **Escasa articulación intersectorial:** los órganos a cargo de **adoptar la política de niñez** responden precisamente a esta necesaria articulación intersectorial y entre los niveles del Estado.

Las principales **dificultades** son:

- i) La **composición** de los estos órganos **no** es lo **suficientemente amplia y comprehensiva;**



ii) el nivel jerárquico no otorga a este órgano la suficiente capacidad de **convocatoria** y los funcionarios que lo integran no están **investidos para tomar decisiones**;

iii) las personas que participan de los diversos sectores no disponen de una **formación mínima** en materia de derechos de la niñez;


iv) las convocatorias de reunión del órgano no tienen la suficiente **periodicidad**;





v) no disponen de los **recursos necesarios**;


vi) no se han desarrollado métodos de trabajo ni capacidades que faciliten una **verdadera articulación intersectorial y una construcción conjunta y de modo integrado** de las políticas destinadas a la niñez;


vii) el funcionamiento opera más desde una **lógica de intercambio de información que de efectiva articulación**, persisten las **pugnas de intereses** entre sectores y las **resistencias a ceder decisiones** a estos órganos y/o parte de sus presupuestos para sufragar una política articulada

- 
-
- Falta de claridad en las **atribuciones competenciales** de las instancias del SNP, debilidades en la previsión y funcionamiento de mecanismos de **articulación a nivel vertical**, así como **demora** en la instalación de los SNP, especialmente a nivel local
 - Recurrentes modificaciones respecto de la institucionalidad debido a **cambios de gobierno**

- 
-
- En algunos países **no estamos en realidad en presencia de un verdadero "sistema"** de garantía integral de los derechos de los NNA (...) si bien formalmente la ley prevé un verdadero "sistema", en la práctica todavía no se ha logrado operativizar


- 
-
- Las políticas y el financiamiento se han centrado casi exclusivamente en **problemáticas específicas** y en determinados grupos de niños y niñas que se consideraban eran los más excluidos socialmente
 - Sin embargo, estos **programas focalizados** tienen serias limitaciones y ha llevado a **descoordinación, fragmentación y superposición de esfuerzos**

- 
-
- Este enfoque a menudo resulta en una **respuesta compartimentarizada** a la protección de la niñez, marcada por numerosas ineficiencias, ausencia de una visión integral de los derechos y de su interconexión, limitaciones en cuanto al abordaje de la prevención, y problemas de sostenibilidad

- 
-
- Tendencia a enfatizar y sobredimensionar el enfoque del SNP hacia temas relacionados con la **violencia, el abuso, la explotación, la negligencia y el abandono**
 - Es preciso que los Estados completen este proceso de transición hacia el nuevo paradigma de una verdadera garantía integral de la totalidad de los derechos para todos los NNA, y **centren mayores esfuerzos en las políticas de prevención, en la promoción de los derechos humanos y en las políticas sociales de garantía de derechos**


Acceso a la justicia

- **Barreras y elementos disuasorios:**
 - **falta de conocimiento** por los NNA de sus derechos y sobre la posibilidad de interponer denuncias y de cómo y dónde;
 - limitación en la **legitimación activa**, puesto que en algunos casos se limita a los padres y/o tutores legales sin que el NNA pueda ejercer el derecho por sí mismo;
 - ausencia de una **asesoría jurídica y una representación legal** independiente y especializada de carácter gratuito para el niño;

- 
-
- plazos breves de **prescripción** para algunos delitos cometidos contra los NNA;
 - escasa **adaptación** de los procedimientos judiciales a los NNA y la falta de especialización de los juzgados;
 - temor a la **re-victimización** en el marco de los procedimientos judiciales;
 - **falta de confianza** en las autoridades para investigar y enjuiciar los delitos contra los NNA

Presupuesto


- Lo usual es que se mencione en el Código de la Niñez o en la Ley Especial de Niñez, o en otra ley, como **una simple remisión al presupuesto ordinario**, sin ningún tipo de previsión adicional
- En algunos casos, sin embargo, no se encuentra **ni siquiera una mención** al presupuesto en estas normas


- 
-
- La CIDH considera que debe existir una **previsión legal expresa** sobre el deber de los Estados de invertir los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones internacionales
 - La ley debe fijar claramente los **parámetros mínimos** que el Estado debe observar en el proceso de asignación de recursos para la niñez
 - La previsión normativa debe referirse a los diferentes niveles **nacional, sub-nacional y local**




Centralidad del NNA

- La CIDH considera muy pertinente resaltar los principios de **igualdad y no discriminación** dado que **todos los países de la región, sin excepción**, tienen **brechas sociales** profundas y condiciones estructurales que favorecen las desigualdades, la exclusión social y la discriminación
- Esta región ostenta actualmente el **primer puesto** a nivel mundial en términos de **niveles de inequidad y desigualdad económica** al interior de los países

- 
-
- **Autonomía progresiva:** el Estado debe reconocer legalmente:
 - la **capacidad de acción** de los NNA;
 - el establecimiento de políticas públicas orientadas al **empoderamiento** de los NNA;
 - las políticas de apoyo a los padres y madres, cuidadores, educadores y otras personas en contacto directo con los NNA sobre el **desarrollo evolutivo y respeto a la autonomía progresiva** de los NNA;


- 
-
- el fomento de la **participación** de los NNA en los procesos normativos y en la formulación, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y servicios destinados a ellos/ellas; y, garantizar el **acceso directo** de los mismos NNA a servicios accesibles y adaptados a las diversas edades

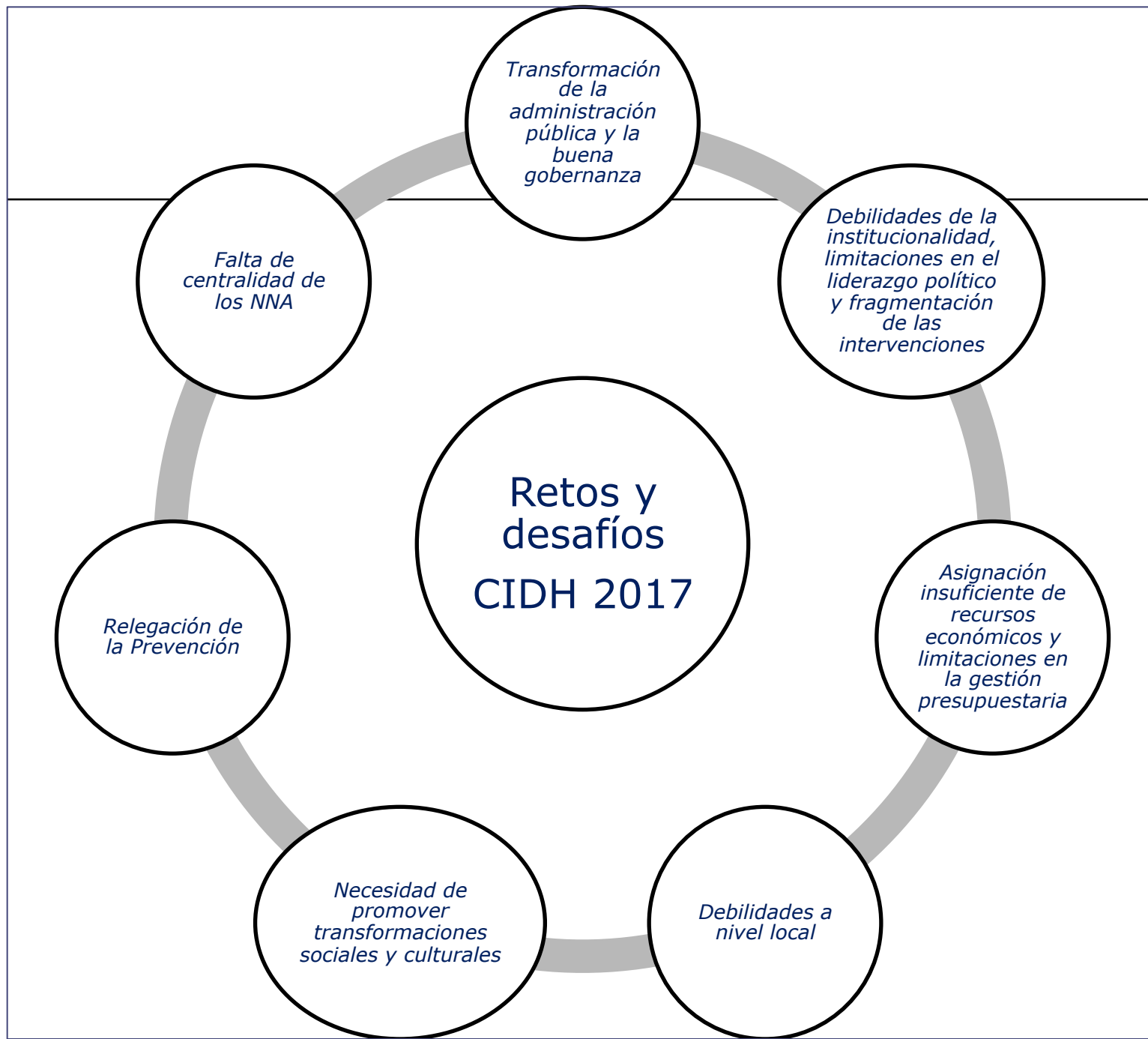
- 
-
- La CIDH recomienda que los Estados revisen, en consulta directa con los NNA, toda la legislación relativa a la **capacidad jurídica y para el ejercicio autónomo de derechos y el acceso a servicios**
 - La **fijación de diversas edades** en la legislación, u de otros medios de evaluación de la madurez para la toma de decisiones autónomas, debe considerar la prohibición de toda **discriminación por motivos de género**



Protección como un continuum

- Esta visión busca garantizar el **desarrollo integral** de NNA tal y como lo exige el artículo 6 de la CDN, atendiendo a las **características propias de cada etapa** del ciclo de vida a la vez que integra una mirada longitudinal sobre la vida y sus etapas

- 
-
- La **visión holística** de los **niños, las familias y las comunidades** es un sello distintivo del enfoque sistémico de la protección de la niñez e implica que se necesite un continuo de servicios en el marco del SNP que se adapten a la diversidad de necesidades de los NNA a lo largo del tiempo, considerando a sus familias, comunidades y entorno social



Conclusiones

Elementos de un SNP

- Reglamentación **Código de Niñez o Ley Especial**;
- **Política Nacional para la Niñez**, y derivada de ella planes de acción, programas y regulaciones de creación y funcionamiento de servicios destinados a la niñez;
- **O r g a n i s m o s administrativos y judiciales** de protección y restitución de derechos;
- **Recursos** económicos suficientes provenientes de asignaciones definidas y estables;

Elementos de un SNP

- **Procedimientos, protocolos, guías y manuales operativos**, como protocolos de gestión de casos, protocolos de remisión, guías de funcionamiento de servicios, y códigos de conducta para personal en contacto directo con NNA;
- Previsión de **medidas de protección** de derechos y de medidas **excepcionales** de protección de derechos (acogimiento alternativo);
- **Definición clara** de competencias, procedimientos de toma de decisiones y de protocolos de actuación, que guíen las prácticas concretas de los órganos y actores.

OG 5 2003 Medidas Generales de Aplicación de la CDN (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44)

La adecuada protección de los derechos de los NNA pasa por:

- ✓ **Políticas públicas, programas y servicios;**
- ✓ Mecanismos institucionales de **articulación** para la planificación, diseño, evaluación de las políticas públicas, considerando los diversos niveles territoriales (institucionalidad);
- ✓ Aprobación, aplicación, monitoreo y sistemas de acopio de **datos y análisis de la información;**
- ✓ Mecanismos independientes de **vigilancia;**
- ✓ Sistemas de **difusión y sensibilización** respecto de los derechos de la niñez;

OG 5 2003

- ✓ Recursos **humanos** especializados y en número adecuado;
- ✓ Recursos **económicos** suficientes para financiar las políticas, programas y servicios; y,
- ✓ Protocolos y estándares de actuación y prestación de los **servicios**, así como la gestión y **tratamiento de casos** y remisión de los mismos.

Todo ello además en un contexto de **participación** de las organizaciones de la sociedad civil, las comunidades y de los mismos niños, niñas y adolescentes.




**Diagnóstico regional
Protección especializada de
derechos de NNA según CIDH**





Trabajo con sentencias


1. CIDH RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS VS. GUATEMALA 09.03.18
2. CS Chile susceptibilidad adopción 11.01.18
3. CS Chile medida de protección 13.09.16
4. CS Chile susceptibilidad de adopción 14.04.18
5. CS Chile susceptibilidad de adopción 15.12.15

-
- Rechaza la casación en el fondo intentada contra sentencia de CA que, a su vez, confirmaba la de primera instancia que declaraba la **susceptibilidad de adopción** de una niña de tres años y medio, hija de una PcD
 - **voto de minoría:** el art. 23 de la Convención ordena garantizar los derechos y obligaciones de las PcD en lo que respecta a la custodia, tutela, guarda, adopción u otras instituciones similares, **debiendo prestar asistencia apropiada para el desempeño de las funciones de crianza**, cuestión que las autoridades estatales no habrían observado en este caso ya que no existiría sistema de apoyo que colaborara en el **refuerzo de las habilidades de la madre para el ejercicio de su maternidad**


- 
-
- Una parte considerable del funcionamiento de los SNP y de los programas y servicios que implementan están centrados en proteger al niño frente a situaciones, que ya se han dado, de **abandono o negligencia por parte de sus progenitores o ante la violencia** de la que son víctimas en el ámbito familiar, generalmente interviniendo para **separar al niño** de su núcleo familiar con el fin de garantizar su seguridad y ofrecer una modalidad de cuidado alternativo temporal o permanente (CIDH 2017 394)


- 
-
- La Comisión considera positivo que Estados como **Argentina, Brasil, Ecuador y Nicaragua** hayan establecido en su normativa que la ausencia de **recursos materiales** no puede ser utilizada como el único o principal motivo a los efectos de determinar la institucionalización
 - El Comité ha expresado su preocupación por **Panamá, Paraguay y El Salvador**, entre otros (CIDH 2013 188)


- 
-
- La Comisión observa que en algunos Estados como **Uruguay**, la legislación asigna a las **fuerzas policiales** la tarea de detectar las situaciones de niños vulnerados en sus derechos o que vulneran derechos de terceros
 - Existe alta incidencia de la actuación policial en la selección de casos que llegan al sistema de protección, la cual en el 2005 y 2006 ascendía al **53%** de los casos; en el 2007 representó el 44%, y en el 2008 alcanzó al 49%


- 
-
- La Comisión ha recibido información de que en **Guatemala** existen operaciones de “rescate” en el marco de las cuales funcionarios y especialmente policías, trasladan a niños en situación de calle a las instituciones residenciales de modo inmediato
 - En 2011, en **Río de Janeiro**, en el marco de un procedimiento de “recolección” fueron intervenidos niños y adolescentes en situación de calle, de los cuales 82 permanecieron en régimen de abrigo compulsivo
 - La Comisión ha recibido información relativa a prácticas similares en **Paraguay** (CIDH 2013 212)

-
- Varios países han establecido que los procedimientos de protección se adelanten en sede **administrativa**, aunque se requiera de la intervención judicial en los casos de **separación** del niño de sus progenitores o de su familia extendida
 - En varios ordenamientos existe una **dualidad de autoridades administrativas y judiciales**; en algunos países la incoación y tramitación del procedimiento se da en sede administrativa, mientras que la toma de decisión formal o bien su revisión se da en sede judicial (CIDH 2013 233)

- 
-
- Respecto a la institucionalidad para la atención directa y para la gestión de casos y la adopción de medidas de protección y restitución de derechos, la CIDH nota que las competencias, naturaleza, dependencia jerárquica y composición son **muy variadas**
 - Algunos son órganos de mayor autonomía administrativa y funcional, como los **Consejos Tutelares del Brasil**, aunque tienen un nivel de dependencia financiera de los municipios

- 
-
- Independientemente que la autoridad sea administrativa o judicial, debe estar **establecidas por ley, ser especializada, contar con equipos multidisciplinarios** que presten su asesoría técnica, y que se apliquen los **criterios para la determinación y ejecución de las medidas de protección de conformidad a lo establecido por legislación**, además que el procedimiento cuente con las debidas **garantías procesales** que incluya la participación del niño y la defensa de sus derechos (CIDH 2013 234)

- 
-
- El rol específico que se concede a la administración y al Poder Judicial en materia de protección especial es, en gran medida, **función de la estructura de competencias, poderes y recursos generales con los que cuenta cada Estado**


- 
-
- En **Colombia**, el procedimiento es **administrativo**; teniendo competencia el juez en los siguientes casos:
 - homologación de la resolución que declara la adoptabilidad del NNA;
 - revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el Comisario de Familia, si procede;
 - restitución internacional de NNA; y
 - restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.
- Arts. 98, 99 y 119 Código de la Infancia y Adolescencia

-
- **Argentina** Ley 26.601, de 2005: una parte de la doctrina se negaba a que se apartara del campo de actuación judicial a las llamadas “situaciones de carencia”:
 - se abdicaba el tradicional patronato del Estado y se menospreciaba la función judicial (garantía del proceso legal);
 - omisión del control de legalidad y de mérito al adoptar medidas que afectan a la persona, la seguridad o los bienes de los menores edad;
 - dilación de la intervención judicial.

GIL, A., FAMÁ, M. Y HERRERA, M., *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de Familia*, Buenos Aires, 2007, pp. 556-560.

-
- La medida de alejamiento del NNA ha generado dificultades en la **determinación de las competencias** de los órganos administrativos y judiciales
 - “De las entrevistas practicadas a funcionarios administrativos del nuevo sistema se observa que los responsables de los organismos de aplicación de las medidas consideran, en la mayoría de los casos, que el Poder Judicial **sigue siendo tutelar, y que la justicia y la administración se reconocen como partes enfrentadas**”

“Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina”

- 
-
- Se señala que un sistema lo menos judicializado posible **contribuye a evitar la revictimización de los NNA y en hacer el proceso de reparación menos traumático** (VVAA, *La infancia vulnerada*, Santiago de Chile, 2018, pp.191-192)

Conclusiones

Principios protección especializada

- Protección reforzada del **derecho de los NNA a su vida familiar**;
- **Legalidad** de las medidas de protección;
- **Necesidad y proporcionalidad** de las medidas de protección;
- **Temporalidad** de las medidas de protección;
- **Derecho de los NNA a ser oídos** en los procedimientos de protección;

Principios protección especializada

- **Supervisión autónoma** de las medidas de protección;
- **Especialización y diligencia excepcional** en la dictación, supervisión y revisión de las medidas de protección.
- **Integralidad** de la intervención en materia de protección especial: Reforzamiento de rol de la Administración