

OFICIO Nº 16/2019

ANT.: Boletín N° 12.027-07, Proyecto de Ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica.

MAT.: Emite observaciones a las modificaciones propuestas a la Ley N° 20.032, que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

ADJ.: Informe Final "Propuestas de Lineamientos para la Reforma Institucional del Actual Sistema de Protección de Derechos de la Infancia, 2014 y Minuta sobre financiamiento del nuevo sistema (modificaciones a la Ley de Subvenciones) observaciones y recomendaciones de la Defensoría de los Derechos de la Niñez

SANTIAGO, 11 de enero de 2019

DE: SRTA. PATRICIA MUÑOZ GARCÍA
DEFENSORA DE LA NIÑEZ
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

A: SR. HUGO GUTIÉRREZ GÁLVEZ
PRESIDENTE
COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO
CÁMARA DE DIPUTADOS

Junto con saludar cordialmente, me dirijo a Ud., en mi calidad de Defensora de los Derechos de la Niñez, en razón al mandato legal establecido para nuestra institución, destinado a la promoción, difusión y protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes del país, y en ejercicio de las facultades contempladas en las letras h) y k) del artículo 4° de la Ley 21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, a fin de remitir a Ud. y todos los Honorables Diputados y Diputadas integrantes de la Comisión que preside, de las observaciones institucionales a las modificaciones propuestas, a través del Boletín N° 12.027-07, a la Ley N° 20.032, que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención. Esto, a modo complementario del documento entregado, materialmente, en sesión de fecha 2 de enero llevada a cabo en la sede del Congreso Nacional en Valparaíso, que de todas formas se adjunta al presente Oficio.



Mediante el presente documento, nos permitimos reiterar a esta Honorable Comisión, la preocupación ya manifestada por parte de la Defensoría de los Derechos de la Niñez, respecto de la intención legislativa, promovida por el Poder Ejecutivo, y en actual tramitación, de mantener, en el nuevo Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia, el actual y deficiente sistema de financiamiento que hoy existe en el Estado de Chile, en virtud de la Ley N°20.032, , para proteger los derechos y garantías fundamentales de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, preocupación que radica en la inexistencia de una propuesta legislativa que implique la adopción de los cambios estructurales y sustanciales que constituyen un imperativo ético ineludible adoptar, ante la persistente situación de desprotección a la que se enfrentan niños, niñas y adolescentes bajo el sistema de protección incumpliéndose, de este modo, la obligación del Estado de responder, de manera concreta y real, al establecimiento de un sistema de protección de la infancia y la adolescencia más vulnerable, particularmente de aquella que se encuentra bajo tutela del Estado, que erradique las graves y sistemáticas vulneraciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes por parte de nuestro país, tal como le fuera representado al país por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidad, en su del mes de junio de 2018, mismo que evidenció, de manera consistente y categórica, cómo el Estado de Chile ha incumplido su obligación de garantizar derechos a niños, niñas y adolescentes, pues ha abordado su situación desde una visión "caritativa", considerando su rol desde una lógica de "ayuda subsidiaria" a través del financiamiento existente, lo que, en palabras del citado Comité está "muy lejos de la obligación jurídica de poner los recursos necesarios para garantizar los derechos".

Teniendo en consideración la brutal manifestación que el citado informe expresa, respecto del comportamiento estatal, particularmente en su justificada crítica al sistema de financiamiento del sistema existente en virtud de la Ley N°20.032, llama negativamente la atención que el Poder Ejecutivo no se haya comprometido, máxime cuando dentro de sus principales objetivos se ha impuesto dar prioridad a la situación de la infancia y la adolescencia más vulnerable, con la presentación de iniciativas legislativas acordes a las obligaciones estatales, contraídas en virtud de la Convención Sobre los Derechos del Niño, a modificar un sistema de financiamiento ineficiente que, en lo que resulta más grave, ha promovido y/o favorecido, la vulneración de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y procure a través de las propuestas remitidas al Congreso Nacional, mantener éste, realizando modificaciones menores al mismo, que en ningún caso permiten responder al reproche formulado por el Comité y que, por el contrario, solo vienen a perpetuar el modelo existente en evidente perjuicio del interés superior y el desarrollo armonioso e integral de los niños, niñas y adolescentes a quienes debe atender, proteger y reparar.

Lo descrito precedentemente guarda relación con que sobre el Estado, independiente de que ejecute la acción de protección de manera directa o a través de organismos colaboradores, pesa la obligación de otorgar garantías de resguardo y protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, lo que implica que "al Estado le corresponde el diseño, implementación, ejecución y evaluación de las políticas públicas y sociales en materia de niñez y, aunque puede apoyarse en la sociedad civil para el cumplimiento de las metas trazadas, no puede delegar su responsabilidad" y, por tanto, la generación de un cambio estructural, en los términos expuestos en el Informe del Comité², es un cumplimiento de su obligación jurídica.

¹ Informe de la investigación relacionada a Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones de fecha 1 de junio de 2018, del Comité de Derechos del Niño, 125.

² Informe de la investigación relacionada a Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones de fecha 1 de junio de 2018, 126 "El Comité recomienda que el Estado parte asuma plenamente la responsabilidad de regular, controlar y financiar el respecto, protección y realización de todos los derechos de los NNA en el sistema de protección".



En específico, el Comité de Derechos del Niño, en informe de fecha 1 de junio de 2018, respecto a los recursos asignados al sistema, señaló: "Los recursos asignados al sistema residencial de los OCAS (denominados "auxilio económico" muestran una acción caritativa por parte del Estado. [...]. Las OCAS deben pues financiar el resto organizando actividades filantrópicas. [...]. Durante la visita al país, las máximas autoridades expresaron la idea de que la acción de protección de NNA abusados en sus derechos es considerada caridad y no un derecho fundamental de los NNA y una obligación jurídica del Estado". Visión que, queda de manifiesto, de manera preocupante, sigue manteniendo el Poder Ejecutivo en la actualidad, de conformidad a lo que ha sido expresado, a través de la Subsecretaría de la Niñez, en las sesiones de la Comisión que Ud. preside, particularmente en la realizada con fecha 2 de enero de 2019.

De esta manera, el concepto de subvención sigue dando cuenta de una visión tutelar y caritativa de parte del Estado, que, junto a una incorrecta interpretación del principio de subsidiariedad de éste, han sido consideradas como dos de las cuatro causas estructurales que han favorecido las graves y sistemáticas violaciones descritas en el Informe precitado⁴. Desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez, sostenemos la necesidad de un cambio estructural en esta materia, en que se concrete la obligación de garantía por parte del Estado de Chile, a través de un sistema de financiamiento que deje atrás esta inadecuada visión y de paso a un sistema de financiamiento que tenga como, principal objetivo, respetar y garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que serán sujetos de protección del nuevo Servicio, dotándolo de los recursos necesarios, tanto técnicos, administrativos, humanos y financieros, en forma estable, para que pueda tener las capacidades estratégicas, operativas y prestacionales que respondan, oportuna, eficaz y eficientemente, a las necesidades de niños, niñas y adolescentes propiciando su desarrollo integral hasta el máximo de sus potencialidades.

En este orden de ideas, y sin miedo a ser reiterativos, las modificaciones propuestas por el Poder Ejecutivo, mediante el artículo 56 del proyecto de ley que Crea el Servicio de Protección a la Niñez, mantiene el nefasto sistema de subvenciones y, a juicio de la Defensoría de la Niñez, no ofrece, de manera alguna, mejores condiciones a los niños, niñas y adolescentes que deberán enfrentarse a la atención de parte del Estado, a través de los organismos colaboradores.

Lo anterior, particularmente considerando que el sistema de pago sigue vinculado a cada niño, niña y adolescente atendido, éstos siguen siendo un factor variable parte de la subvención, siendo imperativo que esto sea superado, toda vez que el niño, niña o adolescente no puede seguir siendo considerado un objeto parte del monto de la subvención, debe entenderse que es un sujeto de derechos y, en virtud de dicha calidad, lo que se debe lograr es el establecimiento de un sistema de financiamiento por institucionalidad, superando el factor de niño atendido, de modo tal de erradicar las complejidades e incentivos inadecuados que se generan hoy en día, en que mantener a un niño en un programa implica mayor subvención.

³ Artículo 23 del Decreto N° 841 de fecha 5 de octubre de 2005, Reglamento de la Ley 20.032: "El SENAME transferirá a los colaboradores acreditados adjudicatarios de un proyecto una subvención, entendiéndose por tal, el auxilio económico que se traduce en una transferencia de fondos que salen del patrimonio fiscal incorporándose al del ente receptor, sin cargo de la institución, para ser utilizados en los objetivos prefijados por la ley."

⁴ Informe de la investigación relacionada a Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones de fecha 1 de junio de 2018, del Comité de Derechos del Niño, 122 "En este sentido, el Comité considera que existen, principalmente, cuatro causas estructurales que han favorecido las graves y sistemáticas violaciones descritas en este Informe: a) la visión tutelar de la infancia; b) una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado; c) la excesiva judicialización del sistema; d) la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros en el sistema."



En este sentido, la Defensoría de la Niñez insta y recomienda tener a la vista en la tramitación legislativa de este proyecto, y observar las propuestas contenidas en el Informe final "Propuestas de Lineamientos para la Reforma Institucional del Actual Sistema de Protección de Derechos de la Infancia", elaborado por el equipo técnico del ya extinto Consejo Nacional de la Infancia, el año 2014, pues, tal como allí se consigna: "resulta imprescindible abordar una nueva configuración de la relación entre las entidades privadas participantes del esquema de programas de protección y el sistema intersectorial de protección y los organismos que, integrando dicho sistema, se harán cargo de la protección de la infancia". Sobre el sistema de subvenciones, de la Ley N° 20.032, sostiene: "resulta injustificada la órbita del fomento, siendo necesario pasar a un mecanismo estatal de financiamiento destinado al aseguramiento de derechos, que se oriente a la garantía concreta para el ejercicio de derechos".

En este punto, cabe señalar que esta Defensoría de la Niñez, es consciente que la discusión acerca de si se debe financiar la oferta o la demanda en los temas públicos, tiene larga data, y por tanto, lo que se pasará a exponer es en base a evidencia. Así, ya está demostrado que el financiamiento de la demanda, expresado en un sistema de subvenciones, en distintos ámbitos públicos (educación, protección de la niñez, reinserción, entre otros) no ha dado los resultados esperados, sino que ha generado mayores falencias debido a la falta de control. Por ello que, el establecimiento de un sistema financiamiento de la oferta, sería la mejor solución, y en base a evidencia, es lo que ha tenido mejores resultados, ejemplos de ello son la Defensoría Penal Pública o el Sistema de Mediación Familiar, mecanismos que, además, han permitido ejecutar un mayor control, supervigilancia y fiscalización de los prestadores y de la calidad del servicio⁵.

En este orden de ideas, el Informe técnico del Consejo Nacional de la Infancia, ya citado, efectúa un análisis de dos sistemas actualmente vigentes en Chile, que se pueden observar para realizar los necesarios cambios al sistema de financiamiento de protección de la infancia en Chile: la **Defensoría Penal Pública**⁶ y el **Sistema de Mediación Familiar**, adicional a lo cual realiza, entre otras cosas, un planteamiento que se enfoca en **levantar un sistema de entrega de recursos**, que esta Defensoría de la Niñez estima que constituyen elementos de análisis y revisión que deben ser tenidos a la vista por el Congreso Nacional.

En el sentido anterior, el citado Informe señala que el sistema de entrega de recursos, debe considerar⁷:

- La acreditación de las entidades ejecutoras y de los programas mismos a ejecutar, a través de estándares administrativos y técnicos orientados a dicha labor, de competencia del Servicio.
- La asignación de recursos debe efectuarse a través de procesos concursales al que concurran las entidades debidamente acreditadas, que participen bajo unas nuevas reglas de competencia y se enfoquen en privilegiar programas que, ya acreditados en su estructura y estándares técnicos y administrativos, compitan con ofertas que innoven y ofrezcan respuestas que pueden resultar más exitosas, considerando incentivos

⁵ Informe Final Propuestas de Lineamientos para la Reforma Institucional del Actual Sistema de Protección de Derechos de la Infancia, "Uno de los problemas del sistema licitatorio, asociado a la operación de la Ley de Subvenciones, es la inestabilidad o riesgo proveniente de los desajustes entre la demanda que se licita (en base a la cual se llevan a efecto los procesos de competencia, y sobre la que los proponentes desarrollan sus ofertas y proyecciones económicas) y la demanda que luego se produce en la etapa de implementación de los programas", página 131.

⁶ También propuesto por otros agentes de la sociedad civil, como son, la Comunidad de Organizaciones Solidarias, Observatorio para la Confianza, Grupo Miradas, Centro Iberoamericano de Derechos del Niño, en Informe de Análisis del Servicio Nacional de Protección de la Niñez, de diciembre de 2018.

⁷ Informe Final "Propuestas de Lineamientos para la Reforma Institucional del Actual Sistema de Protección de Derechos de la Infancia", páginas 154 y siguientes.



dinámicos, basados en comportamiento anterior y resultados, que permitan mejorar puntajes a los postulantes con buen desempeño; y,

 La supervisión y evaluación regular de los programas, realizándose correcciones inmediatas si el caso lo amerite (acompañado de un sistema de sanciones que permita efectuar descuentos de puntaje a los postulantes con mal rendimiento y ponga obstáculos de entrada a aquellos que han sido ya sancionados).

 Evaluación del ciclo completo de los programas, detectando aquellos en que se han logrado mejores resultados, con objeto de incorporarlos en los procesos de acreditación

futuros.

En este esquema, el establecimiento de estándares mínimos es indispensable, los que deben contemplar indicadores medibles o controlables; estar vinculados a un sistema de reconocimiento; ser uniformes en su aplicación a lo largo del país; ser dinámicos y objeto de revisión contante y. ser lo suficientemente flexibles como para ser válidos en contextos regionales y socioculturales diversos. Esto es lo que, en la ley de la Defensoría Penal Pública, ha constituido un presupuesto indispensable y único mecanismo objetivo y uniforme para medir el trabajo y efectuar la evaluación periódica de los prestadores de servicios en la defensa penal pública.

Se debe guiar la oferta programática del Servicio de Protección de la Niñez hacia proyectos que hayan demostrado, sobre la base de evidencia y análisis de información disponible, ser realmente efectivos. La tendencia a financiar las mismas actividades sin tener capacidades de evaluar sus resultados, incide en desmejorar la oferta de programas y, además, impacta en este principio de eficiencia y eficacia del actuar de los servicios públicos. Adicional a lo anterior, de consistir en un sistema que certifique programas e instituciones de la sociedad civil que desarrollen los mismos, bajo un esquema de prestaciones que, con estándares preestablecidos, se harán cargo de ejecutar dichos programas. Es este proceso de certificación el que abrirá espacios para el desarrollo de innovación y la integración en el sistema de las modalidades de intervención que las propias instituciones hayan validado, a través de sus resultados y antecedentes del funcionamiento, como las que son capaces de tener mejores rendimientos en el sistema⁸.

Finalmente, investigaciones sobre la materia afirman que es necesario el desarrollo de modelos que incorporen instancias de diálogo público-privado; que legitimen y potencien el conocimiento respecto de la intervención inserto en la esfera privada y que fortalezcan las capacidades organizacionales de la sociedad civil. Todo esto facilita el diseño e implementación de políticas, la articulación y coordinación público-privada, y la recuperación del "saber hacer" tanto del Estado como de la sociedad civil con respecto al trabajo en infancia.

Creemos que la relación público-privada entre las organizaciones que ejecutan programas y el Estado, debe definirse en términos de **una relación de prestación de servicios**, superando de este modo la entrega de una subvención, que desatiende las necesidades de los destinatarios del servicio y que resulta ineficiente y se enfoca a la producción de atenciones.

En atención a lo señalado es que consideramos que una alternativa viable de análisis para determinar qué modelo de financiamiento debiera sostener el Servicio de Protección de la Niñez es el sistema utilizado por la Defensoría Penal Pública, replicando sus virtudes y corrigiendo sus defectos, por cierto. Así, y a modo de síntesis de lo que ha involucrado la aplicación de éste, podemos señalar que la Ley N° 19.718, que Crea la Defensoría Penal Pública, concreta lo anteriormente referido a través del establecimiento de los siguientes aspectos:

⁸ Informe Final "Propuestas de Lineamientos para la Reforma Institucional del Actual Sistema de Protección de Derechos de la Infancia", página 139.



- La existencia de un Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública, que se encuentra regulado en los artículos 11° y siguientes de su Ley, definido como el cuerpo técnico colegiado encargado de cumplir las funciones relacionadas con el sistema de licitaciones de la defensa penal pública que, dentro de otras, tiene las funciones de proponer al Defensor Nacional el monto de los fondos por licitar a nivel nacional y regional; aprobar las bases de licitaciones a nivel regional a propuesta de la Defensoría Regional respectiva y, convocar a las licitaciones.
- Regulación de las licitaciones: se encuentra regulado en los artículos 42° y siguientes de la Ley, regulándose un Comité de Adjudicación Regional, que será el que resuelva la licitación a nivel regional, estableciéndose criterios para los mismos (lo que permite mayor transparencia en el proceso).
- Normas específicas de control: reguladas en los artículos 55° y siguientes. Se insiste por parte de esta Defensoría de la Niñez que no basta con señalar en la ley que el nuevo Servicio estará a cargo de la fiscalización si no se dota de real y concreto contenido esa facultad (lo que responde a la pregunta ¿cómo?). Así, en la Ley N° 19.718, se concreta la facultad de control, a través de inspecciones (las cuales se llevan a cabo sin aviso previo); auditorías externas (que tienen lugar aleatoriamente); informes semestrales (que están obligados a entregar todos aquellos que presten defensa penal pública); reclamaciones de los beneficiarios (que pueden presentar ante la Defensoría Nacional, Regional o Local, indistintamente).

Ninguno de los puntos referidos precedentemente, a modo de ejemplo, de una estructura de financiamiento eficiente, se contempla en las modificaciones propuestas por el Poder Ejecutivo a la Ley de Subvenciones N° 20.032, siendo urgente su incorporación, sobre todo en lo que dice relación al control, supervigilancia y fiscalización de las entidades que ejercen una función pública por delegación estatal en materia de protección a la, niñez y adolescencia.

Por otra parte, cabe hacer notar las profundas e injustificadas diferencias que existen entre el proyecto de ley que Crea el Servicio de Protección a la Niñez y el **Boletín 11.174-07**, **Proyecto de Ley que Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil** e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes.

Este último, de hecho, contempla entre otros, los siguientes:

- En su artículo 11° establece un Consejo de Estándares y Acreditación, asesor del Director Nacional del Servicio, conformado por cinco miembros expertos en las áreas ligadas al desarrollo de los jóvenes o justicia juvenil, seleccionados a través del Sistema de Alta Dirección Pública, que será el responsable de aprobar los estándares de funcionamiento para los programas y para los organismos que administren los mismos.
- Adicional a ello, el artículo 23° dispone que se debe proceder a la acreditación de organismos y programas, lo que será de cargo del Consejo de Estándares y Acreditación, lo cual se realizará bajo los estándares de calidad definidos por el Servicio.
- En lo que dice relación a la **contratación de servicios**, se adopta un **modelo de licitación** en los artículos 24° y siguientes; y,
- Los artículos 29° y siguientes establecen un sistema de control y supervisión, con contenido concreto, es decir se verifica la facultad de control a través de, entre otros, informes periódicos que deberán enviar los organismos acreditados y de inspecciones evaluativas de manera periódica.

Así las cosas, desde la Defensoría de la Niñez, no se entiende por qué se adoptan decisiones tan distintas en relación al sistema de financiamiento y control entre el Servicio de Protección de la Niñez y el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, en circunstancias que ambos deben permitir que el Estado, a través de su funcionamiento oportuno, eficiente y eficaz, garantice de manera efectiva los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes



a quienes dirige su función uno y otro y llama aún más la atención esta diferencia, si consideramos la gran deuda que mantiene el Estado de Chile con los niños, niñas y adolescentes del país, especialmente los más vulnerables, lo que ha significado el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Desde la Defensoría de los Derechos de la Niñez, esperamos que este documento, las observaciones y propuestas verbales manifestadas en las sesiones de la Comisión en la que se participó a raíz de su gentil invitación, así como todos los otros informes y documentos mencionados en el presente Oficio, sean considerados en lo que resta de la tramitación legislativa y permitan que el Congreso Nacional realmente logre la definición de leyes destinadas a atender la situación de niños, niñas y adolescentes, incorporando las reformas estructurales al sistema de financiamiento del Servicio de Protección de la Niñez, logrando que el Poder Ejecutivo entienda esta modificación como una necesidad imperiosa y urgente, presentando las indicaciones que en ese contexto procedan, de manera de lograr que el Estado de Chile deje de incumplir las obligaciones internacionales en esta materia y se pueda transitar desde el actual sistema de protección, basado en una visión asistencialista, caritativa y en una lógica paternalista del Estado, a un sistema que se compromete con el deber estatal de cumplir con su obligación jurídica internacional de garantizar, los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho y no objetos de protección.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,

PATRICIA MUÑOZ GARCÍA ABOGADA

DEFENSORA DE LA NIÑEZ

DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

PF/WAL/fcu Distribución:

Destinatario

Archivo Dirección Defensoría de la Niñez