

# **¿Del enfoque tutelar al enfoque de derechos? Análisis de los marcos interpretativos de los actores legislativos en las principales leyes sobre familia<sup>1</sup>**

Sofía Aramburu<sup>2</sup>

## **RESUMEN**

La presente investigación tiene como objetivo dilucidar los marcos interpretativos (policy frames) que se encuentran presentes en cuatro leyes sobre la familia: Ley de Adopción, Tribunales de Familia, Ley de Filiación y la Modificación de la Orgánica de Enseñanza en lo relativo al derecho de adolescentes embarazadas. Teniendo en cuenta el enfoque de derechos propuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se analizaron las 42 discusiones legislativas que dieron lugar a las mencionadas leyes con el objetivo de establecer, si existió o no, un cambio en la manera de concebir al niño y en las soluciones brindadas para solucionar sus problemáticas. Como resultado del estudio se concluye que persisten concepciones de fondo que dificultarían la plena aplicación de un enfoque de derechos como eje de las leyes y las políticas hacia los niños en Chile.

## **1. LAS POLÍTICAS HACIA LA NIÑEZ EN CHILE Y LA IMPORTANCIA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA NIÑEZ**

### **1.1 Las políticas hacia la niñez en Chile**

Históricamente las políticas hacia la niñez en Chile han tenido una orientación privada y asistencialista. La preocupación del Estado por la infancia surge a finales del siglo XIX, en relación a la educación y a la “corrección” de los menores que infringían la ley. Uno de los primeros antecedentes data de 1896 cuando se crea la Escuela Correccional del Niño, que tenía por objetivo “corregir” a los menores de edad que violaban la ley (Tello Escobar, 2003).

---

<sup>1</sup> Este trabajo fue realizado en el marco del Proyecto Fondecyt N°11160330 “Cambio en las políticas hacia la infancia y adolescencia en Chile. Análisis de los marcos interpretativos de instituciones y actores relacionados”

<sup>2</sup> Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina. Email: aramburusofi@gmail.com

La predominancia de la lógica privada y asistencialista se evidencia al observar el camino que las políticas han seguido a lo largo de la historia del país, comenzando desde 1901 con la creación del Patronato Nacional de la Infancia, que entregaba asistencia social a los menores indigentes de los barrios más humildes de Santiago (Ministerio de Desarrollo y Planificación , 2010).

Se observa también que las principales políticas sociales de carácter más universal hacia la infancia han tenido que ver con el área de salud, enfocadas a reducir la desnutrición y la mortalidad infantil, y con la educación, con el objetivo de ampliar la cobertura a mayores sectores de la población (Tello Escobar, 2003).

Sin embargo, junto con estas políticas más universales se desarrollan otras de carácter más asistencialista y tutelar, tal como el primer organismo encargado de acoger a los niños en situación vulnerable en 1938, creado mediante el Decreto N° 1.450 “a objeto de abordar la vagancia y mendicidad infantiles”, el Consejo de Defensa del Niño, una institución de carácter privada.

El desarrollo posterior de las políticas de infancia también se centró en la atención socio-sanitaria de los sectores más vulnerables de la población, como las acciones desarrolladas por la Dirección General de Protección de Menores, un organismo creado en 1942 orientado a la protección de la infancia y la adolescencia, dedicado sobre todo a cuidar la salud de los niños y las niñas en sectores de alto riesgo social (Ministerio de Desarrollo y Planificación , 2010).

A nivel legislativo, la Ley de Menores de 1928 constituyó el marco jurídico que se ocupó tanto de los niños y niñas infractores de la ley, como de aquellos que se encontraban en una situación vulnerable, siendo las relaciones parentales y los comportamientos sociales “irregulares” de los niños la preocupación central de la ley (Tello Escobar, 2003). Esta ley otorgaba a la Dirección General de Protección Menores la potestad para realizar la categorización de los niños como vulnerables, y creaba también los Tribunales de Menores, siguiendo el modelo norteamericano y europeo.

Recién hacia la década del 80 se observa un impacto importante en la reducción de la desnutrición infantil, lo que permitió el desarrollo de otras iniciativas para proteger a la infancia, que ampliaban las relacionadas con planes de nutrición y sobrevida. En este periodo surge, por ejemplo, el Programa de Estimulación Temprana del Desarrollo Psicomotor. En esta década también se introdujeron avances en el monitoreo de las causas de muerte infantiles y fetales, se sistematizaron las estadísticas de salud y se introdujo el concepto de muertes evitables (Ministerio de Desarrollo y Planificación, 2010).

Como se observa, el grueso de las políticas desarrolladas a lo largo de éste período consideraban a los niños y niñas vulnerables como objeto de atención y protección y existían prácticamente nulas políticas universales que los tomaran como sujeto de derechos (Consejo Nacional de la Infancia, 2014).

Será recién en la década del 90 cuando comienza a evidenciarse lentamente un cambio de enfoque, con intentos de abandonar la visión asistencial, por una más promocional y de inversión social, que considere el desarrollo infantil como un componente fundamental del desarrollo humano integral (Ministerio de Desarrollo y Planificación , 2010).

Esto se debe a que en medio de las negociaciones por el regreso a la democracia, el Gobierno Militar se dispuso a ratificar los instrumentos internacionales que estaban aplazados, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño. De esta forma, el primer gobierno democrático decidió ratificar (13/08/1990), promulgar (14/08/1990) y publicar (27/09/1990) la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (Tello Escobar, 2003).

Sin embargo, a pesar de que una vez recuperada la democracia comienzan a desplegarse un gran número de programas, la oferta continuó siendo sectorial y centrada en educación, salud o justicia, ofreciendo servicios gestionados de forma independiente, sin una mirada integral de los problemas y aún alejada de una lógica plena de garantía de derechos (Gobierno de Chile, 2000). Esto puede explicarse, según Tello Escobar (2003), a la forma en que fue ratificada la CDN, sin el debate preciso para plantear la necesidad de un cambio respecto a la forma en que eran desarrolladas las políticas de niñez en el país, que siguieron implementándose con la lógica del sistema tutelar de menores establecido en 1928.

## **1.2 Las políticas actuales y el debate de nuevos proyectos**

En 1992 el gobierno de Patricio Aylwin<sup>3</sup> lanza junto con UNICEF el “Plan Nacional de Infancia, Metas y líneas de acción en favor de la infancia, Compromiso con los niños de Chile, 1992-2000” el cual no recogió los lineamientos propuestos por la CDN ni impulsó una reforma del sistema tutelar vigente en el país, sino que se continuó con una lógica de atención focalizada en los grupos de niños, niñas y adolescentes más vulnerables (Tello Escobar, 2003).

Recién a principios del siglo XXI, el Estado chileno decide impulsar un significativo cambio anunciando su voluntad de “pasar de programas basados en la consideración de la infancia como grupo “vulnerable” de la sociedad, hacia la consideración de la infancia como un sujeto y actor estratégico para el logro del desarrollo del país” (discurso de Lagos<sup>4</sup> en marzo del 2001), mediante la Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001-2010. Esta política efectivamente tomó a la CDN como eje rector, y adoptó una mirada integral hacia la niñez, reconociendo además

---

<sup>3</sup> Patricio Aylwin fue integrante del Partido Demócrata Cristiano (PDC) y presidente de Chile por la Concertación de Partidos por la Democracia entre el 11 de marzo de 1990 y el 11 de marzo de 1994.

<sup>4</sup> Ricardo Lagos integrante del Partido por la Democracia fue presidente de Chile por la Concertación de Partidos por la Democracia entre el 11 de marzo de 2000 y el 11 de marzo de 2006.

a los derechos de los niños como obligaciones para el Estado. Sin embargo, más allá de las intenciones, ésta etapa no introdujo reformas significativas (Tello Escobar, 2003).

También, a partir del año 2000 tuvieron lugar en Chile una serie de reformas en salud (AUGE), en previsión social (Pilar Solidario de Pensiones), en la atención a la extrema pobreza (Chile Solidario-Ingreso Ético Familiar) y atención a la primera infancia (Chile Crece Contigo) que avanzaron en la construcción de un Sistema de Protección Social con enfoque de derechos, que cubre riesgos según etapas del ciclo vital (Martin, 2013; Robles, 2013).

Desde el 2011 a la fecha se evidencian esfuerzos por rediseñar el marco jurídico vigente a través de iniciativas entre las que se incluyen el proyecto de ley sobre el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, la creación del Defensor del Niño y la creación de la Subsecretaría de la Niñez, entre otros, los cuales tienen como objetivo la creación de una nueva arquitectura institucional y normativa con eje en los derechos consagrados en la CDN.

También se destaca la creación del Consejo Nacional de la Infancia en 2014 (Decreto 021-2014), órgano inter-ministerial y con representación del Poder Judicial, Legislativo y la sociedad civil, cuyo objetivo es generar cambios normativos e institucionales desde una perspectiva universalista y con enfoque de derechos. Otra política importante tiene que ver con la transformación del SENAME en el Servicio Nacional de Protección de Menores, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y el Servicio Nacional de Reinserción Social Adolescente que se radicaría en el Ministerio de Justicia.

Autores como Larraín (2011), coinciden en que en los últimos años en Chile se le ha otorgado un papel cada vez más importantes a las políticas relacionadas con la infancia, relacionada, como se dijo, con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, lo que implicó que el Estado se comprometiera a garantizarle al niño un tipo distinto de protección del que se venía implementando.

Sin embargo, autores como Martin, Andrade & Martínez (2014) y Larrain (2011) destacan que aún persisten deficiencias en el ámbito legislativo que se reflejan en el entramado institucional, que presenta diversos problemas como incoherencia en la oferta de programas y superposición de las políticas sectoriales, que operan desde distintos paradigmas y con lógicas muchas veces opuestas.

En el mismo sentido, autores como Fonseca, (2004), Schuch, (2009) y Villalta & Llobet, (2015) reconocen que desde los años 90 en adelante hay una expansión de la retórica de derechos y autores como Dávila y Naya (2012) reconocen que ha habido avances normativos, (reformas legislativas y en la retórica sobre los derechos de la niñez) que construyeron nuevos marcos conceptuales garantistas, pero pese a eso, estos autores señalan retrocesos o escaso avance en la implementación de políticas públicas en esa misma lógica.

Es necesario tener en cuenta que las formas actuales de actuar sobre la niñez son producto de largos procesos donde han intervenido diversos actores, con diversa miradas, que han demandado legitimidad para poder injerir en el campo de las políticas públicas de infancia (Villalta, 2013). Es por esto que las políticas no son un todo uniforme, con unicidad de criterios y perspectivas de atención, en ellas subyacen distintas visiones sobre los quehaceres institucionales y los sentidos, orientaciones y contenidos de la protección social.

Esto se evidencia al analizar las Bases y Fundamentos de la Política Nacional de la Infancia (2015-2030) (Consejo de la Infancia, 2015), observándose que conviven visiones ancladas en paradigmas asistencialistas y tutelares, con otras que emanan desde enfoques respetuosos de los derechos. Paralelamente, cohabitan políticas focalizadas, sectoriales y acotadas, sin una adecuada articulación y complementariedad, con aquellas de carácter universal, integral, intersectorial e inclusivo, capaces de dar respuestas diferenciadas sobre la base de modelos comprensivos. Subsisten además diferencias en el acceso a oportunidades, sobre todo de ciertos sectores de la población, como los indígenas, los discapacitados, los inmigrantes y los niños en situación de pobreza (Larraín, 2011).

Asimismo, persisten marcos jurídicos incoherentes con el enfoque de derechos, ausencia de instancias de defensa de los derechos de la niñez, carencia de presupuestos integrados, debilidad en la rendición de cuentas, ausencia de mecanismos de exigibilidad de los derechos, servicios excesivamente centralizados, circuitos de atención insuficientes o ineficientes, vacíos de espacios participativos vinculantes, entre otros aspectos (Consejo de la Infancia, 2015).

Es así que el Estado no presenta una estructura o diseño institucional de carácter homogéneo, sino que conviven diversas lógicas de actuación, donde los actores se desenvuelven en base a sus propias consideraciones y marcos interpretativos del problema (Villalta & Llobet, 2015).

Es por ello que un momento como el actual, resulta propicio para el estudio de los discursos que emergen con base en los derechos, teniendo en cuenta que “las formas de regulación articuladas a los discursos de derechos son plurales, discontinuas, y pueden entrar en tensión entre sí” (Villalta & Llobet, 2015). Un análisis de los marcos interpretativos es pertinente, ya que como señalan Subirats, Knoepfel, Larrue & Varonne (2008), la manera en que un problema se define tiene una implicancia directa sobre los actores movilizados y las definiciones emprendidas. En consecuencia, es importante analizar la definición del problema, pues genera impactos directos no sólo en la orientación y definición de la política, sino también en las siguientes etapas de implementación y evaluación de la política.

### 1.3 La conceptualización de la niñez y su relación con las políticas públicas en Chile

Es necesario comenzar diciendo que la infancia o niñez es un constructo social, que varía histórica y culturalmente, e incluye determinados mandatos, reglas y pautas relacionadas a la manera en que debe ser un niño o niña en determinada sociedad (Herrera-Seda & Aravena-Reyes, 2015). Según Jaramillo (2007) es importante reconocer el carácter de conciencia social del concepto de infancia, que se enmarca en un determinado tipo de sociedad. Es así que una determinada forma de entender la infancia, trae aparejada también diversas técnicas de gestión a fin de protegerla (Villalta, 2013).

Históricamente, es en el siglo XVIII cuando a través de Rousseau se sucede una redefinición del concepto de infancia, y se la comienza a concebir como un período de la vida que contiene características especiales, formas particulares de concebir el mundo, y necesita también, formas específicas de educación e instrucción (Jaramillo, 2007). Es en este siglo cuando, según Pilotti se “descubre la infancia” y comienza también la preocupación por su educación y socialización, y asociado a ello nace también la preocupación por el rol que debe tener el Estado al respecto (Tello Escobar, 2003).

Como categoría anclada históricamente y definida socialmente, la noción de infancia ha ido evolucionando en concordancia con las transformaciones sociales del país (Herrera-Seda & Aravena-Reyes, 2015). Según Grau (2011) existen ciertas representaciones de la niñez que se han constituido como dominantes en las políticas públicas de Chile. Como se dijo, detrás de una política se han producido disputas de sentido y negociaciones de diversos modos de entender la problemática de la infancia que resultan en la ley o política diseñada (Villalta, 2013). La que ha predominado es una lógica asistencialista y tutelar, visión que se centra en el menor “desviado o vulnerable” y las acciones se centran en reencauzar su sociabilización o actuar.

En efecto, el concepto de “menor” es una categoría reservada para aquellos niños y niñas que no encajan en lo que se consideraba patrones aceptables para su edad y su socialización, en materia familiar, educativa, de ocio, sexualidad, etc. (Villalta, 2013). La categoría de “menor” implica que los niños deben ser objeto de protección por parte del Estado mediante medidas extraordinarias. Es así que prevalece aún en las políticas actuales una imagen pasiva de la infancia, como mera receptora de las acciones hacia ella dirigidas (Herrera-Seda & Aravena-Reyes, 2015).

Grau (2011) también plantea que la noción de infancia se ha relacionado con una pasividad, que tiene que ver con aquellos que no hablan, que no tienen voz. Esta imagen concibe a la infancia como un momento transitorio, “a la espera de...”, un ente incompleto o una falta a ser superada (Grau, 2011). Esta representación que se relaciona con una perspectiva asistencialista o tutelar, también puede describirse como una perspectiva de necesidades, en oposición a una de derechos. En líneas generales, el enfoque de derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado (Abramovich, 2006; Ferrajoli, 2004).

En este sentido, autores coinciden en que aún subsisten en las políticas públicas miradas paternalistas y asistencialistas, sobre todo hacia los sectores más vulnerables. La principal forma de abordar el problema en Chile sigue siendo aún la focalización en los niños y niñas vulnerables en vez de abocarse a garantizar los derechos de manera universal (Herrera-Seda & Aravena-Reyes, 2015) (Larraín, 2011).

Podría decirse que en Chile la trayectoria de las representaciones sociales de la infancia en las políticas sociales ha transitado desde la dependencia, el ser propiedad de los adultos, a ser humano inacabado, ser angelical, ser abandonado, ser objeto de protección y finalmente, ser sujeto de derechos (Herrera & Aravena, 2015) revelándose la emergencia de diversos discursos que apelan al enfoque de derechos, en los cuales se configuran sistemas de representaciones sobre la infancia, sobre las que resulta necesario preguntarse (Grau, 2011).

Esta emergencia es posible ya que como plantea Dean (2007), los derechos humanos son construcciones sociales y no verdades inmutables, por lo que resalta la importancia de los recursos discursivos sobre los derechos. De igual manera, Stone (2001), resalta que, aunque haya consenso, la discusión sobre su significado concreto es fuente de conflictos, pues el significado de las políticas nunca es literal, dada su ambigüedad constitutiva y porque la deliberación sobre políticas se basa en procesos de representación simbólica, con diferentes interpretaciones posibles, siendo el rol del analista develar estas contradicciones y conflictos.

En este punto, resulta útil tomar a Schmidt (2008), quien plantea que el discurso no sólo tiene como objetivo transmitir ideas, y/o expresar los intereses estratégicos de los actores y su valores, sino persuadir a otros actores de la necesidad de seguir un determinado curso de acción para reafirmar ciertas líneas de acción de una política, modificar las percepciones del problema, las preferencias de los actores y las capacidades institucionales (Schmidt 2008; Schmidt y Radaelli, 2004).

En este sentido, conocer los marcos interpretativos (policy frames) que subyacen a los discursos y a las políticas resulta importante para comprender la manera en que dicha política se desarrolla. La definición de conceptos claves como los de niñez e infancia tendrá importantes repercusiones en el desenvolvimiento del Estado y en el diseño de las técnicas de intervención sobre esta población.

El análisis de policy frames es una herramienta que permite analizar las decisiones desplegadas por los actores respecto de la formulación de la política, y la forma en que moldean el enfoque sobre el problema y su solución (Lau & Schlesinger, 2005; Lombardo, 2008; Bustelo & Lombardo, 2007). Metodológicamente, los policy frames, permiten analizar las vinculaciones entre lenguaje, actores, instituciones y poder (Feltcher, 2009).

La investigación acerca de cuáles son las nociones y representaciones que han dominado el diseño de políticas resulta útil para observar cuál es la trayectoria que atraviesa el paso de la perspectiva de necesidades hacia la perspectiva de derechos y analizar el carácter que podrían adquirir las futuras políticas públicas hacia la familia en Chile.

Dicho análisis no puede ignorar que los procesos de políticas son una lucha constante acerca de los criterios para la clasificación y definición de problemas, la interpretación subjetiva de experiencias comunes, el marco conceptual en el que se encuadran los problemas, y las definiciones de ideas que guían las formas en que los actores generan significados compartidos que motivan su actuación (Fischer & Forester, 1993). Siendo toda definición de un problema público parte de una construcción colectiva vinculada a las percepciones, representaciones, intereses y valores de los actores involucrados en dicha situación.

Es así que la presente investigación pretende contribuir al análisis de las estructuras de creencias, apreciaciones y percepciones entre los actores legislativos convocados a la construcción del marco legislativo para las políticas de familia. Se pretende analizar los marcos interpretativos mediante el análisis de los discursos de los actores, en el marco de los cambios institucionales en pos del rediseño, con intenciones de adecuar las instituciones a una perspectiva de derechos. En este contexto, se observa la necesidad de conocer las ideas, valores y creencias en base de las cuales los actores implicados en las políticas públicas hacia niños, niñas y adolescentes definen los problemas, establecen diagnósticos, generan soluciones, y establecen responsabilidades sobre esa situación o problema.

## **2. EL ENFOQUE TUTELAR Y EL ENFOQUE DE DERECHOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS HACIA LA NIÑEZ**

En este apartado se desarrollaran teóricamente los dos grandes enfoques o paradigmas desde los que se han desarrollado las políticas públicas dirigidas hacia los niños y niñas, a continuación se detallan las características generales de ambos enfoques.

**Tabla 1. Perspectiva tutelar vs. Perspectiva de derechos**

PERSPECTIVA TUTELAR	PERSPECTIVA DE DERECHOS
Centrado en necesidades	Centrado en derechos
Carácter voluntario	Carácter obligatorio
Trata fundamentalmente los síntomas	Trata fundamentalmente las causas
Establece jerarquía en la satisfacción de necesidades	Los derechos no pueden dividirse, son indivisibles e interdependientes
Las necesidades varían según la situación, el individuo y el entorno	Los derechos son universales, los mismos para todos y en cualquier lugar
La determinación de las necesidades es subjetiva	Los derechos se basan en estándares universales, objetivados
Desarrolla perspectiva de tiempo de corto plazo y metas parciales	Desarrolla perspectiva de tiempo de largo plazo y define metas totales
Dispone de un enfoque específico de trabajo focalizado en ciertos tipos de población	Dispone de un enfoque de trabajo integral
Los gobiernos deben responsabilizarse, pero no tienen obligaciones definidas	Los gobiernos tienen obligaciones morales y legales en todos sus niveles
No todos los niños son beneficiarios de las	Todos los niños y niñas forman parte del logro



prestaciones de servicios. Tendencia a la focalización y exclusión de algunos niños	de metas globales
Ciertos grupos de profesionales y técnicos tienen la especialización para satisfacer las necesidades de los niños	Todos los niños, adultos y adolescentes, pueden desempeñar un rol en el logro o aplicación de los derechos de la población infantil y adolescente

Fuente: ¿Enfoque de Derechos o de Necesidades?, Oyarzún, Dávila, Ghiardo, Hatibovic (2008)

Como se observa en el cuadro comparativo, la perspectiva de derechos que va en línea con la Convención de los Derechos del Niño, implicó un cambio importante en la manera de conceptualizar al niño, pasando a comprenderlo como un sujeto de derechos, lo que implicó también un cambio en el rol que el Estado debía cumplir, y en la manera en que debían diseñarse las políticas públicas. (Larraín, 2011). Según Herrera y Aravena (2015) esta manera de concebir a la niñez emerge aún tímidamente en el discurso político.

## 2.1 El paradigma del Modelo Tutelar

A lo largo de la historia, las políticas sociales de los Estados se han concentrado fundamentalmente en ciertos grupos específicos, sobre todo aquellos denominados “vulnerables”. En Chile, las políticas sobre la niñez se centraron en lo que se denominó como “menores en situación irregular”. Así lo estableció la primera ley que articulaba las acciones desarrolladas hacia ese grupo etario, la Ley de Menores N° 16.618 de 1967. Esta Ley fue la que estableció la creación del Consejo Nacional de Menores que tuvo por función “planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o privados, que presten asistencia y protección a los **menores en situación irregular**”.

Los ideólogos de la ley entendían que en los sectores más desfavorecidos o pobres, existían hogares irregulares de donde luego salían los jóvenes delincuentes. Es por eso que el Estado, debía intervenir en pos de una “protección” a aquellos niños que infortunadamente nacían en ese tipo de hogares. Los problemas que presentaban ese tipo de hogares, según la ley, tenían que ver con el alcoholismo, la miseria, la vagancia o mendicidad, etc. Este tipo de familias eran consideradas inhabilitadas, y se habilitaba la intervención de un juez para separar a los niños y niñas de esos hogares (Farías, 2003).

El paradigma detrás de esta ley fue desde el cual se desarrollaron las intervenciones dirigidas hacia los niños y niñas hasta una época reciente en Chile. Este enfoque establece que cuando las familias fallan, el Estado debe intervenir mediante el ejercicio de funciones tutelares y parentales, “construyéndose una razón y justificación para la separación del niño de su familia y su internación en instituciones disciplinadoras” (Farías, 2003:195).

Es así que las políticas efectuadas en el marco de la ley tenían por objetivo la rehabilitación, la reeducación y el encauzamiento de las conductas de los niños que presentaban alguna característica de irregularidad. En este sentido, las medidas de institucionalización de los “menores” estaban destinadas a la “normalización” bajo supervisión del Estado. Según Farías puede observarse claramente “el carácter protector-

tutelar, al mismo tiempo que científicista y rehabilitador de los procedimientos destinados a los menores en situación irregular” (Farías, 2003:203).

En esta línea, la institucionalidad creada conjugaba y armonizaba el poder judicial y el saber médico-psicológico, ya que era el juez quien debía disponer de las medidas que debían aplicarse a los niños que se encontraban en situación irregular, y determinaba a través de sus observaciones psicológicas si el niño debía ser pasado o no a la justicia penal de adultos, así como otro tipo de intervenciones o sanciones que debían aplicarse a cada caso particular (Farías, 2003).

Consecuentemente, según esta autora, la definición de los menores en situación irregular, “amplió la acción del sistema judicial a una extensa gama de individualidades que engloba en un solo sujeto a aquellos que se encuentran moral o materialmente abandonados o en peligro de estarlo, aquellos cuya adaptación social sufre alteraciones o aquellos que hubieren delinquido” (Farías, 2003:208). Es así que la Ley de Menores planteaba una única línea de acción y un único modelo institucional para dar respuesta a dos problemas diversos y no necesariamente interconectados: los niños y adolescentes infractores de ley y aquellos que requerían de protección y/o rehabilitación (Farías, 2003).

La respuesta a este tipo de problemas era la internación, para proteger, rehabilitar o reencauzar al menor en situación irregular, dejando de lado el rol primordial de la familia y la comunidad en la crianza y socialización de los niños y adolescentes y las técnicas utilizadas eran la observación, clasificación y evaluación individual. Estas acciones determinaban dos grandes clasificaciones de niños, aquellos que no requerían corrección y aquellos si la necesitaban, dividiéndolos en dos grandes categorías. (Tello Escobar, 2003)

Como se hace referencia en un estudio del Servicio Nacional de Menores (SENAME) de 1992, en descripción de los menores en situación irregular “su historia vital está jalonada de episodios de socialización interrumpida, y se desarrolla en un contexto familiar carencial, deficitario e incluso patogénico, la explicación del comportamiento desadaptativo, por lo tanto, se descubre en gran medida en su propia biografía” (SENAME, 1992).

Como puede observarse, detrás de este paradigma se esconde una idea de moral familiar, que “comprende valores y sentimientos —socialmente construidos e históricamente modificables— respecto de la familia, de sus funciones y sus responsabilidades” (Grinberg, 2008:158). Incluye además ciertas representaciones sobre cómo debe ser la maternidad y paternidad, y en consecuencia, le es inherente una concepción de “bien” y de “mal”, y de “orden” y de “desorden”. (Grinberg, 2008)

La Ley de Menores llama a intervenir cuando el menor se encuentre en “peligro material o moral”, establece así en su art. 42 que se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1°- Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2°- Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

- 3°- Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4°- Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5°- Cuando hubieren sido condenados por vagancia, secuestro o abandono de menores;
- 6°- Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7°- Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material

Con lo expuesto queda claro que se asocia un grupo de niños, aquellos “menores en situación irregular” a ciertos factores de riesgo, entendiendo éste “un efecto de la puesta en relación de datos abstractos o factores que vuelven más o menos probable el advenimiento de comportamientos indeseables” (Castel, 1983:122). Es así que la noción de riesgo implica un juicio a futuro, “un pronóstico realizado en base a la observación de ciertos factores a partir de los cuales se estima que si no se toman medidas necesarias, “algo malo” le ocurrirá al niño” (Grinberg, 2008:159). Pero también, aclara esta autora, que la noción de riesgo se aplica a aquellos niños a lo que “lo malo” ya les ocurrió (Grinberg, 2008).

Para finalizar, podemos sintetizar éste paradigma en sus componentes fundamentales: un destinatario de las acciones focalizado, que posee ciertos factores de riesgo en su entorno, determinado mediante un diagnóstico de actores estatales (principalmente un juez), para el cual deben desarrollarse acciones de corrección/tutela, sobre todo mediante la separación del niño de ese entorno peligroso.

## **2.2 El Paradigma de los niños como sujetos de derecho**

Es necesario comenzar diciendo que una política que se pretende con enfoque de derechos debe poseer ciertas características básicas: universalidad, exigibilidad, participación social, integralidad y progresividad. El principio de universalidad se refiere al hecho de que el derecho o la cobertura es para toda la población sin distinción. El de exigibilidad tiene que ver con el poder otorgado a la ciudadanía para exigir el cumplimiento del derecho y la obligación del Estado de brindarlo, “el énfasis está tanto en la rendición de cuentas ante la ciudadanía como en la expresa exigencia de cuentas de su parte” (Cunill Grau, 2010: 48). Se relaciona al principio de participación, pero éste va más allá ya que implica la capacidad de poder opinar e intervenir en el diseño de la política. El principio de integralidad consiste en entender que los derechos son interdependientes, sobretodo los derechos sociales, por lo que deben abordarse desde un enfoque holístico. (Cunill Grau, 2010).

**Tabla 2. Implicancias en la ciudadanía. Política con enfoque de derechos vs. Política sin enfoque de derechos**

Enfoque de derechos	Sin enfoque de derechos
Todos disponen de las prestaciones basadas en el derecho instituido, en condiciones de alta calidad, independientemente de su condición socio económica	Sólo aquellos que pueden pagar o los que son acreedores de un programa compensatorio pueden acceder a las prestaciones, con calidades variables
Todos tienen el respaldo de la ley y de los procedimientos, así como la información necesaria para exigir el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores	Poca claridad acerca de las obligaciones de los prestadores y alta dependencia de su discrecionalidad.
Todos pueden participar en la elección de las políticas, en su implantación y en su monitoreo y evaluación.	Participación nominal o reservada intereses corporativos.
Todos pueden disfrutar de un enfoque integral para la plena realización del derecho instituido.	Realización parcial.

Fuente: Cunill Grau, 2010.

Para el caso de los niños y niñas el marco fundamental para cualquier política con enfoque de derechos es la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), que provocó una ruptura con el paradigma tutelar. Es así que la adopción de la Convención en los países de la región indujo a que las legislaciones existentes resultaran incompatibles con lo formulado por la Convención (García Mendez, 1999). Por ello, la Convención marca un hito, al formular las bases de la “Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño”, reconocida internacionalmente como la nueva forma de mirar, relacionarse e interactuar con la realidad de los niños y adolescentes (Tello Escobar, 2003).

Los principales cambios que esta doctrina incorpora son:

- el reconocimiento de niños y adolescentes como sujetos de derechos, y ya no como objetos de protección
- el reconocimiento del derecho a una protección, cuidado y asistencia especial por parte de los padres, la sociedad y el Estado
- el reconocimiento de la responsabilidad primordial de la familia de la crianza y desarrollo del niño y el derecho del niño a vivir preferentemente en su entorno familiar, y
- la primacía del interés superior del niño en todas las medidas que se adopten respecto de él o ella (Tello Escobar, 2003).

La Convención se articula instaurando cuatro de sus artículos como principios fundamentales. Estos principios son:

- el derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de discriminación (art.2),
- el interés superior del niño (art.3),
- el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo (art.6),
- y el derecho a formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión y ser escuchados cuenta (art.12) (UNICEF, 2006).

Como señala Cillero Bruñol (1999) un hecho importante que viene a modificar la Convención tiene que ver con que ser niño no es ser ‘menos adulto’, y que la niñez deja de ser considerada como una etapa de preparación para la vida adulta. Esto queda reforzado por el principio que se refiere a el derecho a opinar y ser escuchado, estableciendo la obligación de tomar en cuenta la perspectiva de los niños, “desde los primeros días de vida, los niños son agentes sociales activos, que buscan protección, cuidado y comprensión (...) el rol de los adultos consiste en ofrecer el contexto adecuado y los medios para que los niños sean protagonistas de su propio desarrollo” (Alegre, Hernández y Roger, 2014:8). En ese sentido, la función del adulto es la de ofrecer la dirección y orientación apropiadas para que los niños puedan ejercer los derechos que se les reconocen (Alegre et al., 2014).

Según Bustelo (2005) los derechos de los niños, niñas y adolescentes son “sociales”, debido a que su garantía es esencialmente política y por ende, le corresponde a la sociedad garantizarlos, y debido a que son derechos que corresponden al ámbito de lo público y al de una categoría social como “infancia” y “adolescencia”. El autor define a la infancia y la adolescencia “como categoría social al valor y ubicación relativa que se da a ese período del desarrollo humano en la cultura” (Bustelo, 2005:264). Además, en tanto derechos sociales dejan de ser individuales ya que “relacionan una autonomía en desarrollo que simultáneamente está relacionada con un ser parte de una sociedad, de su historia y de los dilemas en la representación de su futuro” (Bustelo, 2005:265).

### **2.2.1 El interés superior del niño como eje rector**

La Convención señala en su artículo 3 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (UNICEF, 2006). El “interés superior del niño” no es un concepto que surge con la Convención, ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como en otras normas jurídicas nacionales e internacionales.

Según lo destaca Miguel Cillero “los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos” (Cillero Bruñol, 1999:8). Es así que el principio del interés superior del niño debe ser considerado primario a la hora de desarrollar acciones hacia los niños, desempeñando la función de guía para la interpretación del resto del articulado de la Convención (Alegre et al., 2014). Sin embargo, el interés superior del niño es un principio relativo, difuso, en lo relativo a su conceptualización como de sus implicancias en la práctica. ¿Quién define lo que es mejor para los niños? ¿Los padres? ¿El Estado?

Por su parte, Alston y Gilmour-Walsh (2002) postulan que al interés superior del niño se le debe dar una consideración importante, pero no consiste en la única consideración

primordial, sino que consiste en otra de las tantas consideraciones que deben de tomarse en cuenta a la hora de actuar. Su carácter ambiguo y enigmático también se relaciona con el hecho de que varios países han hecho reservas y ciertas aclaraciones en cuanto a su aplicación (Bustelo Graffigna, 2005).

Lo novedoso de éste principio en la Convención radica, según Alegre, Hernández y Roger en la introducción de tres elementos fundamentales. En primer lugar, el interés superior del niño se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos (Alegre et al., 2014).

El segundo aspecto tiene que ver con su amplitud, ya que trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. Las autoras, tomando a Cillero postulan que la supremacía del interés del niño como criterio de interpretación debe ser entendida de manera sistémica: sólo el reconocimiento de los derechos “en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño” (Cillero Bruñol, 1999:11). Esto implica que la protección de los derechos no puede limitarse o ser parcial (Alegre et al., 2014).

Finalmente, postulan que el interés superior del niño se convierte en una orientación política, en el sentido que debe ser considerado primordialmente para la toma de decisiones que afecten a los niños, según las autoras los derechos del niño no son asimilables a intereses colectivos, ya que el interés superior del niño adquiere una ponderación primordial frente a ese tipo de intereses. De esta manera, lo que establece de forma definitiva la Convención mediante éste principio es el hecho de que el interés superior debe orientar toda intervención relacionada con la infancia (Alegre et al., 2014).

### **2.2.2 La integralidad de los derechos del Niño**

Otro aspecto central del enfoque de derechos tiene que ver con la interdependencia o integralidad de los derechos. La integralidad configura un aspecto esencial de la CDN y hace referencia a que en ella se abarcan todas las dimensiones de la vida y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. La CDN establece que los derechos son interdependientes, esto quiere decir que son inseparables (Cillero Bruñol, 1999).

Según Cillero la CDN constituye un gran programa de acción para los gobiernos, ya que delinea las características de un enfoque integral hacia la infancia, que propone que los derechos deben ser garantizados de manera conjunta para la consecución efectiva del desarrollo. Esta interdependencia establece que el enfoque de derechos es un enfoque integral (Cillero Bruñol, 1999).

Según Abramovich, si bien los tratados internacionales pueden considerarse lineamientos de actuación, éstos no imponen acciones concretas, sino “obligaciones que si bien fijan orientación, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados, un

campo muy grande de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizaran esos derechos” (Abramovich, 2006:14).

En este sentido, según el autor los derechos establecidos “no nos dicen mucho acerca del contenido de las políticas, pero si pueden decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brindan un marco de conceptos que debe guiar su formulación y su implementación” (Abramovich, 2006:8).

Es por ello que, si bien las leyes analizadas forman parte de un grupo más amplio de leyes que establecen lineamientos sobre las políticas hacia los niños, niñas, adolescentes y familias, ellas también son susceptibles de ser analizadas para tratar de vislumbrar si el enfoque de derechos se encuentra presente, a partir de la caracterización que se realizó en este apartado.

### **3. METODOLOGÍA EMPLEADA PARA EL ANÁLISIS**

La presente investigación adopta un enfoque cualitativo de tipo descriptivo al indagar en las concepciones de niñez que subyacen a las principales leyes en materia de familia con el fin de investigar si existe o no un proceso de cambio entre un enfoque tutelar y un enfoque de derechos a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Se utilizó la metodología de análisis de contenido cualitativo para analizar las 42 discusiones legislativas que dieron lugar a la sanción de las siguientes leyes: Ley 19.688 Modifica la ley N°18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales, Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, Ley 19.620 Dicta normas sobre adopción de menores y Ley 19.968 Crea los tribunales de familia.

En primer lugar se realizó una codificación con el programa NVIVO mediante la creación inductiva de categorías en relación a las diferentes temáticas que iban surgiendo con base en las siguientes preguntas:

#### **DIAGNOSTICO**

- ¿Cuál es el concepto de niño?
- ¿Qué se representa como problema?
- ¿Por qué se ve como problema?
- ¿Cuál es la causa del problema?
- ¿Cuáles son los roles en la configuración del problema?
- ¿Cuáles son los valores que subyacen al problema?

#### **PRONÓSTICO**

- ¿Qué debe hacerse?
- ¿Qué acciones son necesarias y porqué?
- ¿Qué ideales son perseguidos?
- ¿Qué actores son responsables de la solución?

Las categorías de análisis se organizaron siguiendo el lineamiento propuesto por Bustelo & Lombardo. Según estos autores una política incluye dos representaciones, por un lado una representación de diagnóstico, que implica un hecho o aspecto de la vida social considerado problemático y que necesita cambios, y por otro lado, una representación de pronóstico, que incorpora una solución al problema especificando qué debe hacerse (Bustelo & Lombardo, 2006).

A partir de un análisis de contenido se siguió el modelo de construcción de categorías propuesto por la teoría fundamentada. En primer lugar se realizó una categorización abierta, de tipo descriptiva vinculando ejes temáticos y casos, y en segundo lugar, una categorización axial de manera de poner en relación las categorías descriptivas para conformar los marcos de diagnóstico y pronóstico.

Finalmente, se elaboró un marco interpretativo principal y un marco interpretativo secundario, en disputa con el marco principal.

## **4. RESULTADOS**

### **4.1 Marco Interpretativo Principal “Retórica de derechos con persistencia de un enfoque tutelar en la forma de concebir y dar solución a los problemas de los NNA”**

#### **4.1.1 Concepciones de diagnóstico**

El marco diagnóstico está compuesto por seis axiales que hacen referencia a la concepción de niño, de familia, de mujer, al rol atribuido a la familia como protectora de “males sociales”, al planteamiento de una trayectoria de vida “normal” y a la relación que se establece entre la pobreza y los problemas familiares.

#### **Concepción del niño desde una perspectiva tutelar**

En los discursos aparecen caracterizaciones sobre el niño que se asocian claramente a una concepción tutelar. Es así que suele entenderse que los niños son una consecuencia del actuar de los adultos, siendo una “prolongación de su ser” y/o “la continuación de sus padres”, y por ende, entera responsabilidad de éstos. También son caracterizados como débiles, inocentes, desamparados y seres potenciales, por lo cual deben ser protegidos, defendidos y ayudados por ser personas desvalidas.

Esta manera de entender al niño es claramente concordante con el paradigma tutelar, donde no se lo concibe como una persona completa, acabada, sino con un proyecto de adulto o adulto “incompleto”. Esta forma de concebir al niño implica una forma de actuar asistencialista, ya que al ser una persona incapaz, éste debe ser tutelado, protegido, asistido por el Estado. Además, el hecho de que el niño no sea entendido como un sujeto



de derechos, implica que el Estado no se ve obligado a garantizar esos derechos, sino que sólo debe actuar cuando la familia del niño es incompetente para protegerlo.

### **Concepción amplia de la familia con un ideal restringido de fondo**

A diferencia de la concepción de niño, para la concepción de familia no se observa un concepto totalmente dominante, sino que existen divergencias en torno a su conceptualización. Sin embargo, a partir del debate y las votaciones a las leyes, se entiende que existió una concepción que resultó ser la dominante, esta concepción entiende que en la realidad existen diversos tipos de familia que el Estado debe aceptar y defender, entre las que se encuentran familias mono-parentales, separadas, o madres solteras, etc.

Sin embargo, se observa detrás de esta aceptación, la existencia de una noción “ideal” de familia que no siempre corresponde a esta familia “real”. Además, podría agregarse que, si bien se acepta una cierta “diversidad” en la conformación de las familias, está diversidad aceptada no incluye a las parejas homosexuales.

Lo anterior queda claro en la Ley de Adopción, la cual establece que los niños deben ser idealmente adoptados por un matrimonio heterosexual establecido, como segunda opción si no existiesen matrimonios interesados en el niño o niña, podría adoptarlo/a una persona soltera o viuda bajo cumplir con mayores requisitos, pero en ningún caso los adoptantes podrían ser una pareja homosexual.

### **Concepción tutelar de la mujer: la madre soltera y/o pobre no puede hacerse cargo correctamente de sus hijos**

Se observa un enfoque tutelar hacia la madre, que se evidencia en discursos que consideran que la madre soltera necesita protección, y se le atribuyen ciertas características que denotan una indefensión, a la vez, esta madre es el reflejo, o el resultado, de un padre que se encuentra ausente. Esta noción de madre aparece altamente relacionada con una noción de madre asociada a la pobreza y los embarazos no deseados, que plantean que la madre soltera o adolescente tiene altas chances de caer en la pobreza junto a sus hijos, debido a que el padre habitualmente no se hace cargo de la manutención de sus hijos, o incluso ni si quiera los reconoce como propios.

Esto lleva a que la madre soltera, adolescente y/o pobre sea la usuaria más habitual de los tribunales de familia, a los que recurre para hacer valer su derecho y el de sus hijos. La respuesta del Estado ante esto tiene que ver con facilitarle el acceso a los tribunales y legislar en pos de que resuelvan sus problemas de una manera más ágil y adecuada. Se entiende que es la madre soltera, adolescente y/o pobre quien acarrea con estos problemas debido a que un hogar uniparental no es el “ideal”, como se mencionó anteriormente.

## **Rol de la Familia: problemáticas familiares, pobreza y delincuencia**

La familia aparece como un actor central, y a la falta de familia se le asocian ciertas problemáticas entre las que destacan la pobreza y la delincuencia. La problemática de la pobreza surge a partir del rol económico que la familia es llamada a desempeñar, que tiene que ver con brindar a los niños los bienes materiales necesarios para su desarrollo. Se entiende, también, que aquellas familias incompletas o “fallidas” conformadas por una madre soltera o adolescente y sus hijos, no podrán cubrir adecuadamente las necesidades materiales del niño.

La problemática de la delincuencia podría asociarse al rol social de la familia, específicamente a la formación ética y valórica, y al hecho de actuar como protectora del niño, pero concretamente no aparece en los discursos un análisis del porqué o de qué manera el contar con una familia considerada adecuada actúa como factor que evita que el niño o niña sea delincuente.

Se observa también el establecimiento de un “círculo” entre las diversas problemáticas de las familias y la pobreza, ya que las familias pobres tienen diversas problemáticas, y a la vez, estos problemas causan la pobreza. El ejemplo más claro es el del embarazo adolescente, que generaría pobreza, y a la vez, se considera que esa problemática se da con más frecuencia en los sectores más pobres.

Por un lado, son diversas las problemáticas que se le atribuyen a los sectores más pobres, como el abandono de niños, el aborto, la falta de reconocimiento de los hijos, violencia intrafamiliar, rupturas matrimoniales, etc. Por otro lado, como causas de la pobreza aparecen la marginación, la falta de familia, el abandono y la carencia de afecto.

### **Se establece una trayectoria de vida "normal" que el Estado debe resguardar**

Se desprende del análisis de los discursos que se considera que existe una trayectoria de vida “normal”, que pasa por estudiar, casarse, tener hijos. No se pone en cuestión esa trayectoria, y el hecho de que probablemente existan personas que no quieran continuar los estudios, o deseen postergarlos por criar a sus hijos. Tampoco se considera válido que personas solteras no quieran vivir en pareja pero si tener hijos o adoptarlos. Esto se evidencia, principalmente, en las leyes de Adopción y Modificación de la Orgánica de Enseñanza, donde dichas posibilidades no se mencionan.

Lo mencionado aparece más marcadamente hacia las mujeres madres, donde se da por hecho que el deseo de la mujer es casarse y formar una familia estable. En ese sentido, existe un “deber ser” que también se asocia al concepto ideal de familia, al rol que la misma debe desempeñar y a la identificación de familias incompletas con la pobreza. Puede relacionarse también con la falta de autonomía que se le asigna a niño y niña, en

este caso, a la adolescente embarazada, ya que no se propone escuchar su opinión y deseos personales.

#### **4.1.2 Concepciones de pronóstico**

##### **La familia es el agente central para la solución de los problemas de los niños, niñas y adolescentes (NNA)**

La concepción de la familia como agente central en la solución de los problemas de los niños, niñas y adolescentes no se asociaría en principio directamente a un enfoque tutelar, ya que la CDN también coloca a la familia como un actor central en su desarrollo, y establece en su art. 5:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada (...) de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Si bien para la CDN la familia también tiene un rol central, este rol tiene que ver con guiar una autonomía progresiva del niño, aspecto que en las discusiones no aparece. Otra cuestión importante, es que el Estado no aparece como el garante de los derechos de los NNA, el rol central en la formación de los NNA y la defensa de sus derechos lo ejercen centralmente las familias.

El rol del Estado en el pronóstico del problema se centraliza en subsanar las falencias de las legislaciones vigentes. Además, en la Ley de Adopción y de Modificación de la Orgánica de Enseñanza hay poco debate en torno a las causas del abandono de niños y del embarazo adolescente, en torno a las cuales el Estado podría tener un rol más activo. Al dejarse de lado una discusión sobre las causas de dichas problemáticas, el Estado adquiere un rol subsidiario de la familia, y ésta adquiere el rol central tanto en el diagnóstico como en el pronóstico del problema.

En este sentido, la responsabilidad del Estado para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es subsidiaria a la responsabilidad que se le otorga a las familias, lo que quiere decir que el Estado actúa sólo si las “familias fallan” y no de forma obligatoria como establece la CDN.

##### **Rol del Estado: proposiciones con una retórica de derechos con un enfoque tutelar de fondo**

En línea con lo ya dicho, puede observarse cómo siguiendo lo establecido en la CDN se utilizan ciertos conceptos que no necesariamente se ven efectivamente plasmados en la ley. Un claro ejemplo es el concepto de interés superior del niño, el cual se entiende meramente como proporcionarle una familia al niño y no de manera sistémica en conjunto con otros derechos. Entonces, podría decirse que, si bien se enuncia que uno de

los objetivos es plasmar la CDN en la ley, en el fondo la CDN no se ve efectivamente plasmada.

Esto es consistente con las concepciones halladas en referencia al niño, a la mujer y al rol de la familia, ya que la manera de concebir el problema lleva implícita una acción del Estado bajo una lógica tutelar, asistencial y focalizada en ciertos sectores que serían los “problemáticos”. Es en estos sectores y no en la población en general que el Estado debe intervenir, según se desprende de lo analizado.

Esto se evidencia, entre otras cosas, en la falta de universalización de los derechos, ya que cada ley propone una focalización en un grupo determinado. Además, otros principios del enfoque de derechos como la exigibilidad, la participación social, la integralidad y la progresividad, tampoco aparecen en el debate.

El enfoque tutelar de fondo también se aprecia en el rol central que se les otorga a los jueces en la resolución de las problemáticas de los NNA, en clara línea con una mirada tutelar, donde la pobreza y la delincuencia se ven relacionados, pero sin embargo, no existe discusión sobre las causas de los problemas que aquejan a los niños, niñas y adolescentes.

### **Centralidad de la solución judicial a los problemas de familia**

En relación a las soluciones que se proponen puede observarse en todos los partidos una preeminencia de la solución por vía judicial. Es así que en las discusiones de las leyes de Tribunales de Familia, Adopción y de Filiación, como modo de resolución de los conflictos familiares y de los problemas que sufren los NNA se propone una resolución casi exclusiva de índole judicial.

Esto resulta concordante con la concepción que existe de niño, niña y adolescente y la concepción de mujer como madre, acordes con un enfoque tutelar. En esta línea, puede observarse que la familia también se considera objeto de tutela por parte del Estado, notándose un predominio de la acción estatal por vía judicial, quedando en segundo plano el rol que podrían desempeñar otras instituciones del Estado. De manera acorde a lo dicho anteriormente, este rol judicial del Estado también se focaliza en ciertas familias consideradas “problemáticas”.

Bajo esta concepción, a los jueces se les otorga un rol principal como actores legítimos que deben dar solución a los diversos problemas de las familias. El juez es la persona considerada más capaz para dirimir conflictos, brindar soluciones, decidir sobre lo mejor para los niños, etc. Esto va en contra del enfoque de derechos, el cual entiende que los niños y adolescentes también deben desempeñar un rol activo en la aplicación de sus derechos y expresar su opinión. También dice relación con la falta de una solución integral y de fondo de los problemas que los aquejan.

## **Utilización del aborto como estrategia política para crear consenso**

La defensa per sé de ciertos derechos parece no ser suficiente, ya que en las discusiones de tres de las cuatro leyes analizadas aparece como objetivo evitar el aborto o la defensa de la vida del que está por nacer. Esto puede interpretarse como un argumento para crear consenso en la aprobación de la ley, o como un mensaje de ciertos parlamentarios a modo de “excusarse” de votar a favor de la ley imponiendo un objetivo que aparecería como incuestionable.

En la Ley que Modifica la Orgánica de Enseñanza, el evitar el aborto aparece en algunos discursos como el objetivo primordial de la ley, dejando en segundo plano el derecho a la educación de las adolescentes embarazadas, lo que también podría interpretarse como una persistencia del enfoque tutelar en las interpretaciones de los legisladores.

Es así que la apelación al aborto también resulta concordante con los demás aspectos del marco pronóstico analizado, el cual si bien presenta algunos elementos que pueden ser caracterizados como un enfoque de derechos, en el fondo evidencian la persistencia de un enfoque tutelar.

### **4.2 Marco Interpretativo Secundario “Concepción a los problemas de la familia desde el liberalismo económico y la tutela moral y ética del Estado”**

El marco interpretativo secundario podría caracterizarse como un marco más claramente tutelar. En él no se observa la utilización de los conceptos que establece la CDN, y puede verse que cómo los derechos individuales y sociales quedan subyugados por otros como el derecho de propiedad y los valores familiares. También es un marco que critica la intervención del Estado en aspectos económicos como la asignación de la herencia, pero solicita una intervención más potente del mismo en aspectos ético-morales como la defensa del matrimonio. Este marco tiene una presencia importante en partidos como la Unión Democrática Independiente, Renovación Nacional y en gran parte de los senadores designados e independientes.

#### **4.2.1 Concepciones de diagnóstico**

##### **Primacía de los derechos de propiedad por sobre los derechos sociales**

En algunos discursos se evidencia una priorización de ciertos derechos y valores patrimoniales por sobre derechos sociales. Estos aparecen en sectores que se oponían a la Ley de Filiación en torno a la herencia patrimonial, entendiendo que los hijos matrimoniales debían tener más derechos sucesorios que los extramatrimoniales por haber contribuido a forjar el patrimonio familiar. En el mismo sentido también aparecen posiciones que establecen la injusticia de que la mujer matrimonial ceda parte de su patrimonio a hijos no matrimoniales de su marido. Esta priorización también se ve en las discusiones sobre la modificación a la Ley Orgánica de Enseñanza en discursos que señalan que la ley en discusión atentaría el derecho de la libertad de enseñanza de los colegios

privados. Tanto en uno como en otro caso, se limita la capacidad de acción del Estado, entendiendo que éste no puede decidir sobre los bienes privados de los individuos.

### **Primacía de los valores familiares por sobre los derechos individuales**

En las discusiones de la Ley de Filiación aparece, en partidos que se oponen a la misma, una primacía de los valores familiares por sobre los derechos individuales. Bajo el argumento de que la Constitución en su art. 1 insta a proteger la institución familiar, se entiende que no puede proclamarse una ley que atente contra dicha institución y en estos aspectos, a diferencia de lo anteriormente dicho, se proclama una intervención activa del Estado.

Esta visión entiende a la familia como aquella nacida a partir de una pareja unida en matrimonio, por lo que se entiende que la Ley de Filiación atentaría contra esa familia “ideal” al otorgar a los niños nacidos fuera del matrimonio los mismos derechos que a los nacidos dentro de él. En ese sentido, se argumenta que la Ley de Filiación desincentivaría a las parejas a contraer matrimonio, debido a que no asigna diferencias jurídicas a los niños nacidos dentro o fuera de él.

Es así que en pos de la defensa de la institución matrimonial, se proclama necesario establecer diferencias en los derechos que poseen los distintos tipos de niños. Si bien existió amplio consenso en torno al establecimiento de la paternidad mediante pruebas biológicas, existió disenso en torno a los derechos hereditarios de los niños sobre sus padres biológicos bajo el argumento del debilitamiento de la institución matrimonial.

De esta manera, se corre a los derechos individuales de los niños como eje de la discusión para dar prioridad a la defensa de valores ético-morales que no corresponden al enfoque de derechos. Es así que esta priorización puede identificarse con un enfoque tutelar, ya que la defensa de los derechos individuales ya no aparece como el objetivo central de la acción Estatal.

### **4.2.2 Concepciones de pronóstico**

#### **Cuestionamiento a la eficacia de la Ley en discusión con el objetivo de no legislar sobre el problema**

Se observa que ciertos sectores que se oponen a la ley en discusión suelen objetar que la misma no solucionará el problema. El argumento principal utilizado establece que la solución al problema pasaría por un cambio de comportamiento o actitud de los ciudadanos o privados, cambio que la ley por sí misma no puede lograr.

Dentro de esta visión también hay legisladores que defienden la ley anterior, argumentando para el caso de la Ley de Filiación, que las discriminaciones que la ley establece no son arbitrarias, sino que son necesarias para instar a las parejas a contraer matrimonio, como se explicó anteriormente.

## **Primacía de una vía privada para la resolución de los problemas**

Existen visiones que sostiene que la intervención del Estado no es la mejor alternativa para la solución de los problemas de la familia y los niños. En esta visión, sin embargo, existen matices que van desde considerar que estos problemas son de entera índole privada, a entender que el juez o la ley están habilitados a intervenir sólo cuando las familias “fallan”. Esta concepción tiene que ver con un rol supletorio del Estado, lejano a la visión del enfoque de derechos, donde el Estado tiene la obligación de garantizar derechos de manera universal y uniforme.

Dentro de esta concepción es que se entiende que la formación de los niños deben darla las familias, y que el Estado no puede imponer criterios educacionales, por ejemplo en relación a la educación sexual de los niños y adolescentes. Aparece también en la Ley de Filiación, con la posición de que el Estado no puede obligar por ley a una familia a incorporar integrantes que les son externos o desconocidos.

## **5. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

En las leyes sobre familia analizadas se evidencia una persistencia del enfoque tutelar en el modo de concebir a la niñez y en el abordaje de los problemas del niño y la familia. Como se ha visto, existe una concepción predominante que considera a la familia como el agente central responsable de los problemas que aquejan a los niños, y también el agente central encargado de darles solución a los mismos, teniendo el Estado un rol secundario.

Si bien se observa un empleo de ciertos conceptos propuestos por la CDN, puede entenderse como lo que López (2011) denomina una “fantasía de cambio”, donde un cambio en la manera de nombrar no implica necesariamente un cambio de marco, ya que si bien cambia el lenguaje, la manera de concebir el problema y las soluciones propuestas siguen siendo las mismas. Es así que no se han observado discusiones en torno a la universalización de los derechos y la garantización de los mismos por parte del Estado.

Puede observarse también un vínculo entre la manera de entender al niño, a la madre y a la manera en que el Estado debe actuar sobre las familias, entendiendo que los problemas se focalizan en ciertos sectores considerados “vulnerables” o “problemáticos”, sobre los que el Estado debe intervenir en pos de corregir sus problemas mediante, sobre todo, una solución por vía judicial.

También puede observarse entre los partidos de la derecha concepciones que conforman un marco interpretativo secundario, en conflicto con concepciones del marco principal, que confluyen con una lógica de liberalismo de mercado, ya que promueven la importancia de la libertad de decisión del individuo sobre su patrimonio, y sobre sus relaciones familiares.

En este sentido, en este marco, el Estado juega un rol aún más subsidiario, ya que es llamado a actuar sólo en caso de que “las familias fallen”, privilegiando una solución por

vía privada a los problemas de la familia. Sin embargo, como se ha visto, se proclama una intervención más activa del Estado hacia la defensa de estructuras familiares tradicionales, que van en línea con valores ético/morales que entran en conflicto con un enfoque de derechos.

## **6. CONCLUSIONES**

Esta investigación deja en evidencia la necesidad de un debate acerca de la manera en cómo los decisores públicos entienden al niño y al modo en que el Estado debe actuar hacia el niño y la familia. Teniendo en cuenta que las leyes brindan lineamientos para el diseño de las políticas públicas y configuran la acción de los actores y organismos públicos, se considera necesario plantearse la importancia de reconocer cuáles son las concepciones que subyacen en las leyes hacia la niñez.

Es en este sentido, que puede entenderse la predominancia de visiones tutelares en las políticas públicas hacia la niñez en Chile, lo cual podría ayudar a comprender el porqué muchas políticas han mostrado serios problemas, llegando incluso a vulnerarse gravemente los derechos de los niños que el Estado debía “proteger”.

Finalmente, queda demostrado que en Chile existe un largo camino por recorrer en pos de lograr un verdadero cambio de enfoque en la manera de concebir a los niños, niñas y adolescentes y diseñar soluciones a sus problemas. Existe, sobre todo, un gran trabajo por hacer hacia la ruptura con la lógica de la focalización, para lograr la universalización de los derechos de los niños y un sentido de obligación en el Estado de garantizarlos.

## **Bibliografía**

Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo de América Latina. *Revista de la CEPAL*, 35-50.

Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014). *Cuaderno 5. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias Latinoamericanas*. UNICEF.

Alston, P., & Gilmour-Walsh, B. (2002). *El interés superior del niño*. Buenos Aires: UNICEF.

Barrientos, A., Byrne, J., Villa, J., & Peña, P. (2013). *Social transfers and child protection*. Florence: UNICEF.

Bustelo Graffigna, E. (2005). Infancia en Indefensión. *Salud Colectiva*, 1 (3), 253-284.

Bustelo, M., & Lombardo, E. (2006). Mainstreaming de género y análisis de los diferentes marcos interpretativos de las políticas de igualdad en Europa: el Proyecto MAGEEQ. *Revista Española de Ciencia Política* (14).

Bustelo, M., & Lombardo, E. (2007). *Políticas de igualdad en España y Europa: afinando la mirada*. Madrid: Cátedra.



- Castel, R. (1983). De la peligrosidad al riesgo. En J. Varela, & F. (. Alvarez-Uría, *Materiales de Sociología Crítica* (págs. 219-243). Madrid: La Piqueta.
- Cillero Bruñol, M. (1999). Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios. *UNICEF-IIN, Derecho a tener derechos , IV*.
- Comité de los Derechos del Niño (CRC). (2014). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. UNICEF.
- Consejo de la Infancia. (2015). *Bases y Fundamentos de la Política Nacional de la Infancia (2015-2030)*. Secretaría General de la Presidencia. Gobierno de Chile.
- Consejo Presidencial de Infancia. Gobierno de Chile. (2006). *El futuro de los niños siempre es hoy*.
- Cunill Grau, N. (2010). Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (46), 41-72.
- Dávila, P., & Naya, L. (2012). derecho a la educación en el marco de los derechos del niño en América Latina: una perspectiva comparada. *Revista Mexicana de Investigación Educativa , 437-457*.
- Dávila, P., & Naya, L. (2012). El derecho a la educación en el marco de los derechos del niño en América Latina: una perspectiva comparada. *Revista Mexicana de Investigación Educativa , 437-457*.
- Dean, H. (2007). The ethics of welfare-to-work. *Policy and politics , 573-590*.
- Farías, A. M. (2003). El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos. *Revista de Derechos del Niño , 187-224*.
- Feltcher, A. (2009). Clearing the air. The contribution of frame analysis to understanding climate policy in the United States. *Environmental Politics , 800-816*.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fischer, F. (2003). *Reframing public policy. Discursive politics and deliberative practices*. Oxford: University Press.
- Fischer, F., & Forester, J. (1993). *Argumentative turn in policy analysis and planning*. Durham, N.C: Duke University Press.
- Fonseca, C. (2004). Os direitos da criança – dialogando com o ECA. En C. Fonseca, V. Terto, & C. Alves, *Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS.
- García Mendez, E. (1999). Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia. *Colección Justicia y Derechos del Niño* (1).

- Grau, O. (2011). Representaciones sociales de la infancia, discursos y prácticas. En F. Cousiño, & A. M. Foxley, *Políticas Públicas para la Infancia* (págs. 45-53). Santiago de Chile: UNESCO.
- Grinberg, J. (2008). Transformaciones en el tratamiento de la niñez en riesgo. Reflexiones sobre un dispositivo de protección a la infancia en la Ciudad de Buenos Aires. *Cuadernos de Antropología Social* N°27 , 155-174.
- Herrera-Seda, C., & Aravena-Reyes, A. (2015). Imaginarios sociales de la infancia en la política social chilena (2001-2012). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* , 1 (13), 71-84.
- Jaramillo, L. (2007). Concepción de Infancia. *Zona Próxima* N°8 , 108-123.
- Larraín, S. (2011). De objeto de protección a sujeto de derecho. En F. Cousiño, & A. M. Foxley, *Políticas Públicas para la Infancia*. Santiago de Chile: UNESCO.
- Lau, R., & Schlesinger, M. (2005). Policy Frames Metaphorical Reasoning and Support for Public Policies. *Political Psychology* , 77-114.
- Lombardo, E. (2008). Desigualdad de género en la Política: un Análisis de los marcos interpretativos en España y en la Unión Europea. *Revista Española de Ciencia Política* , 95-120.
- López Rodríguez, S. (2011). ¿Cuáles son los marcos interpretativos de la Violencia de género en España? Un análisis Constructivista. *Revista española de Ciencia política* , 11-30.
- López Rodríguez, S. (2007). La comprensión de los problemas como artefactos sociales. Aportaciones del Análisis de los Marcos Interpretativos. *VIII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*. Valencia.
- Martin, M. P. (2013). La Práctica de los mecanismos de coordinación interinstitucional de los pisos de protección social: el caso de Chile. En H. Schwarzer, L. Tessier, & S. Gammage, *Coordinación Institucional y pisos de protección social*. Ginebra: OIT.
- Martin, M., Martínez, L., & Andrade, C. (2014). Límites institucionales en la relación público-privada: SENAME y la provisión privada de servicios de protección especial a la niñez y adolescencia. *Ponencia V Encuentro de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas*. Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile.
- Ministerio de Desarrollo Social. (2017). *Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN)*.
- Ministerio de Desarrollo Social. (2013). *Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional*.
- Ministerio de Desarrollo Social. (2015). *Informe de Desarrollo Social 2015*. Santiago de Chile.

Ministerio de Desarrollo y Planificación . (2010). *Cuatro años creciendo juntos. Memoria de la instalación del sistema de protección integral a la infancia Chile Crece Contigo 2006-2010*. Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo y Planificación.

Rein, M., & Schön, D. (1993). 'Reframing Policy Discourse'. En F. Fischer, & J. Forester, *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*. Duke: Duke University Press.

Robes, C. (2013). *El sistema de protección social de Chile: una mirada desde la igualdad*. Santiago: CEPAL.

Schmidt, A. (2008). Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse. Department of International Relations, Boston University, Boston Massachusetts 02215. First published online as a Review in Advance on January 22, 2008. The annual Review of Political Science.

Schmidt, V., & Radaelli, C. (2004). Policy Change and Discourse in Europe: Conceptual and Methodological Issues. *West European Politics* , 183-210.

Schuch, P. (2009). *Práticas de justiça. Antropologia dos mundos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*. Porto Alegre: UFRGS.

SENAME. (1992). *Estudio descriptivo de jóvenes encarcelados en Chile*. Santiago.

Stone, D. (2001). *Policy paradox: the art of political decision making*. Revised edition New York/London: WW Norton and Company.

Subirats, J., Knopf, P., Larrue, C., & Varone, F. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel.

Tello Escobar, C. (2003). Niños, Adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para construir un nuevo actor estratégico en las políticas públicas en Chile? *Revista de Derechos del Niño* , 9-52.

UNICEF. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid.

UNICEF. (2008). *Maltrato Infantil y Relaciones Familiares en Chile. Análisis comparativo 1994-2000-2006* . Santiago: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF.

Villalta, C. (2013). Un campo de investigación. Las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en Argentina. *Civitas* , 245-268.

Villalta, C., & Llobet, V. (2015). Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* , 1 (13), 167-180.