

Apuntes respecto de la Ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Francisco Estrada Vásquez

El 15 de marzo de 2022 se publicó en el Diario Oficial la muy esperada ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, normativa que está llamada a ser la ley marco en derechos de la niñez, y que constituye un hito en el desarrollo de los derechos de la infancia desde la ratificación por Chile de la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN o la Convención) allá en el lejano 1990.

El proceso de ajuste normativo tomó muchos años y cuenta con diversos antecedentes de variado tipo entre los que cabe mencionar:

- Juste, Marián (1996). Bases para una nueva legislación en materia de protección especial a la infancia y adolescencia, UNICEF mimeo.
- Couso, Javier (2001). Informe final. Consultoría sobre el estudio de las bases técnicas de una acción de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia. Consultoría al Ministerio de Justicia. Inédito. En archivo del autor.
- Proyecto de ley de protección de derechos de la infancia y adolescencia (Boletín 3596 -18), aprobado en el Senado en marzo del 2006. <https://bit.ly/3KB1drL>
- Cillero, Miguel, Viveros, Felipe, Bernales, Martín, Espejo, Nicolás y Pizarro, Carlos (2007). Análisis del proyecto de ley de Protección de Derechos del Niño. <https://bit.ly/3KI1U8J>
- Proyecto de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. (Boletín N° 8911-18), 2012. <https://bit.ly/3KB1drL>
- UNICEF (2012). Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Serie reflexiones Infancia y adolescencia N° 13. <https://bit.ly/3KySkyR>
- Definición de principios rectores de carácter jurídico e institucional para el desarrollo de una política pública de garantía de los derechos de niños en Chile. Realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. <https://bit.ly/3oYvUzb>

1. Introducción: Un nuevo derecho

Comentando la Declaración de Derechos del Niño de 1959, Bobbio apuntaba que “los derechos del niño se consideran como un *ius singulare* respecto a un *ius commune*”¹ y que su desarrollo permite ejemplificar el proceso de especificación de los derechos fundamentales a las circunstancias concretas de la vida de las personas humanas que transita del individuo considerado en abstracto, presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos hacia un sujeto más concreto y específico como de la Declaración de 1959. Este recorrido culmina en materia de niñez el 20 de noviembre de 1989 con la ratificación en la Asamblea General de UN de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

La Convención, entonces, para decirlo con palabras de Isabel Fanlo, inaugura “la idea según la cual el niño es sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar.”²

Con acierto Francisco Maldonado anota que el proceso de adecuación de la normativa interna a la internacional efectuado los últimos 30 años fue realizado “en forma parcial e inorgánica, abordando sólo trazos específicos y desconectados entre sí que no dan cuenta de la integralidad y plenitud del compromiso asumido.”³

Aun así, más de 50 leyes⁴ fueron publicadas específicamente en temas de niñez, a las que deben sumarse leyes de carácter general que por su ámbito de aplicación inciden en niñez y adolescencia, configurando así, un campo disciplinar novedoso en el derecho, el nuevo derecho de la niñez y adolescencia.

Donde antiguamente existió el derecho de menores hoy emerge una nueva subdisciplina cuyos contornos aún no terminan de perfilarse pero que ya aparece a la vida del derecho con nitidez. Como anotan los colegas uruguayos Falca y Piñeyro, con la expresión derecho de la infancia o de la niñez “se pretende simbolizar un territorio epistémico y un entramado de conceptos con los que lanzarse al ataque heurístico de aquel territorio”, es decir, se alude a

¹ Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, p. 109.

² Fanlo, Isabel (2007). Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate. *Justicia y derechos del niño*, 9, p. 160. <https://bit.ly/33gGOst>

³ Maldonado, Francisco (2014). Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad. *Ius et Praxis*, 20 (2), p. 211. <https://bit.ly/3GPaniD> Un balance crítico del proceso de los años noventa en Muñoz Guzmán, Carolina (2003). Por el “reconocimiento” de la infancia. *Persona y sociedad* (xvii) 3, 283-300. [HTTPS://BIT.LY/3RWOZSW](https://bit.ly/3RWOZSW)

⁴ El acucioso informe de Trufello cifra en 50 las leyes, a las que habría que sumar la 21.302 y la 21.430. Trufello, Paola (2020). Legislación infancia (1989-2019). Tratados internacionales y legislación. Asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://bit.ly/3Hmx7HM>

un conjunto de normas y de jurisprudencia que consagran derechos específicos para la niñez en sus diversos ámbitos de desarrollo.

Los más robustos -por la arquitectura institucional- son los campos de la justicia juvenil, la protección especial y la educación, pero hay otros ámbitos en que esto se extiende y que anotamos sumariamente en este cuadro.

Ámbito	Legislación
Familia	Código Civil ⁵ y jurisprudencia en casos de comaternidad ⁶
Escuela	Ley N° 20.370, Ley N° 20.539, Ley N° 21.128, Oficio Ord. N° 027, de 11 de enero de 2016, de Superintendencia de Educación, Res. Exe. N° 812, de 21 de diciembre de 2021, Jurisprudencia de Corte Suprema sobre expulsión de estudiantes y responsabilidad civil de colegios
Personalidad	Ley N° 21.120
Salud	Ley N° 20.584 (inespecífica) Jurisprudencia de Corte Suprema (3ª Sala)
Justicia penal	Ley N° 21.160, Ley N° 21.013, Ley N° 21.057
Justicia juvenil	Ley N° 20.084
Protección	Ley N° 16.618, Ley N° 20.032, Ley N° 21.302
Espacio habitable	Nada específico
Espacio virtual	Nada específico
Consumo	Nada específico

La ley N° 21.430 es parte de una ambiciosa y nutrida agenda de reforma legislativa en que se han embarcado los gobiernos desde 2015 a 2020, que se expresó en siete proyectos de ley en simultánea tramitación legislativa en diversas etapas y comisiones, varios de los cuales ya terminaron su debate legislativo.

⁵ Las reformas más significativas, para la niñez, de los últimos 10 años son: Ley N° 20.680, de corresponsabilidad parental; Ley N° 20.8390, Acuerdo de Unión Civil; Ley N° 21.334, cambio de orden de apellidos; y Ley N° 21.400, matrimonio igualitario. Por cierto, todas las reformas al sistema de pago de pensión de alimentos van también en directo beneficio de los derechos de la niñez pero es un campo que la disciplina encuadra en el derecho de familia.

⁶ 2° Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio 2020, RIT C-10028-2019 y Juzgado de Familia de Punta Arenas, 7 de diciembre de 2021, RIT C-745-2020.

Este proceso sigue el modelo latinoamericano que enfatiza la creación de agencias públicas, confía en la proclamación de derechos sin mecanismos de exigibilidad o con mecanismos débiles y deja entregados los derechos económicos y sociales simplemente a los avatares de la economía del país.⁷

Proyecto	Fecha de inicio discusión	Estado actual ⁸
Proyecto de reforma integral al sistema de adopción en Chile, Boletín N° 9119-18	8/10/2013	2° trámite, Senado.
Proyecto que establece un sistema garantía de derechos de niñez, Boletín 10.315-18	24/09/2015	Ley N° 21.430
Proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, Boletín N° 10.314-06	29/09/2015	Ley N° 21.090
Proyecto que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, Boletín N° 10.584-07	22/03/2016	Ley N° 21.067
Proyecto que crea un nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, Boletín N° 11.174-07	04/04/2017	3er. Trámite, Comisión mixta
Proyecto incrementa subvención a residencias, Boletín 11657-07	04/04/2018	Ley N° 21.140
Proyecto que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, Boletín N° 12.027-07	17/08/2018	Ley N° 21.302

⁷ Para un examen crítico del proceso latinoamericano los textos clásicos son Pilotti, Francisco (2001). *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: El contexto del texto*. CEPAL, Serie Políticas Sociales, 48. <https://bit.ly/34NbmDO> y García Méndez, Emilio (2011). De las relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina (1989-2009), *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, 3 (1), 117-141. <https://bit.ly/3sH5ELO>

⁸ Tramitación a 1° de abril de 2022

2. La Ley N° 21.430. Estructura, objeto y contenido general

La ley N° 21.430 fue publicada el 15 de marzo de 2022, fecha que constituye el punto de partida del conteo para diversos plazos que sus disposiciones imponen.

Contiene 88 artículos y 5 disposiciones transitorias, estructurados en 6 títulos, siendo el Título II, “Principios, derechos y garantías”, el más extenso con 51 artículos.

Esquema de la ley

Título I Normas Generales	Arts. 1-5
Párrafo 1° Objetivos	Arts. 1 a 2
Párrafo 2° Aplicación e interpretación	Arts. 3 a 5
Título II Principios, Derechos y Garantías	Arts. 6-56
Párrafo 1° De los principios	Arts. 6 a 22
Párrafo 2° De los derechos y garantías	Arts. 23 a 56
Título III De la Protección Integral	Arts. 57-74
Párrafo 1° Normas de aplicación general	Arts. 57 a 60
Párrafo 2° De los deberes de la Administración del Estado	Arts. 61 a 64
Párrafo 3° De las Oficinas Locales de la Niñez	Arts. 65 a 67
Párrafo 4° De las medidas de protección administrativas	Arts. 68 a 74
Título IV Institucionalidad	Arts. 75 a 78
Título V De la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción	Arts. 79 a 83
Título VI Modificaciones de otras leyes	Arts. 84 a 88
Disposiciones Transitorias	1-5

Una lectura más atenta permite distinguir con claridad tres grandes núcleos temáticos en este cuerpo normativo.

El primero, en que se enuncian principios y derechos; el segundo, en que se regula la protección administrativa, instalando las Oficinas Locales de Niñez (en adelante, OLN) y el procedimiento de protección administrativa y las medidas posibles de adoptar; y un tercer núcleo referido al sistema de protección integral, donde lo más relevante es la regulación de la interacción entre los diversos organismos públicos y la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia.

En las líneas que siguen delinearemos lo central de cada uno de estos capítulos.

El Mensaje con que el Ejecutivo inició la tramitación de este estatuto indicaba:

Este proyecto pretende dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas.

El sistema reconoce las relaciones entre los niños, la familia, la sociedad y el Estado, estructurándolas a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos, con profundo respeto de la relación del niño con sus padres o responsables legales; refuerza el papel de las políticas sociales otorgadas a los niños y de protección social dirigidas a ellos; limita la intervención del Estado a una última instancia, en subsidio de los esfuerzos de la familia para asegurar el ejercicio de los derechos del niño; y reconoce a los niños como sujetos participantes activos de la comunidad.⁹

El art. 1º nos dice que el objeto de la ley es “la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.”

Para lograr lo anterior, el inciso 2º crea el “Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado.”

Este sistema constituye una articulación institucional que reúne, “entre otros”, a: los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración del Estado, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y las instituciones señaladas en el Título IV de la presente ley que, en el ámbito de sus competencias, deban ejecutar acciones de protección, promoción, prevención, restitución o reparación para el acceso, ejercicio y goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.”

3. Principios

El Mensaje¹⁰ con que se inició el debate legislativo mencionaba sólo 4 principios rectores del sistema de garantías: “a. Los niños como sujetos de derechos. b. La protección integral de la

⁹ Las referencias a los materiales legislativos no se harán conforme a la paginación de los informes y documentos originales, sino a la de la compilación “Historia de la Ley 20.430”, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional [BCN] y disponible en <https://bit.ly/3sjPBDx>

¹⁰ BCN (2022). *Historia de la Ley 20.430*, p. 4. <https://bit.ly/3sjPBDx>

niñez. c. La protección efectiva del ejercicio de los derechos. d. La integración de la protección.” Pero el parlamento obró por acumulación y el texto final contiene 17 principios, según se sintetiza en el cuadro que sigue *infra*.

La primera observación es que se repite el problema de la profusa enumeración de principios ya exhibida en la ley N° 21.302.¹¹

Principio	Artículo
1. Sujeto de derechos	art. 6
2. Interés superior del niño, niña o adolescente	art. 7
3. Igualdad y no discriminación arbitraria	art. 8
4. Fortalecimiento del rol protector de la familia	art. 9
5. Derecho y deber preferente de los padres y/o madres a educar y cuidar a sus hijos	art. 10
6. Autonomía progresiva	art. 11
7. Efectividad de los derechos	art. 12
8. Perspectiva de género	art. 13
9. Responsabilidad de la Administración del Estado	art. 14
10. Protección Social de la Infancia y Adolescencia	art. 15
11. Prioridad	art. 16
12. Progresividad y no regresividad de derechos	art. 17
13. Participación Social	art. 18
14. Inclusión	art. 19
15. Difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes	art. 20
16. Intersectorialidad	art. 21
17. Participación y colaboración ciudadana	art. 22

Para apreciar lo problemático de esta técnica legislativa es necesario recordar que -siguiendo una tesis predominante en la literatura, aunque no exenta de crítica- tanto los principios como las reglas conforman el paisaje de las normas jurídicas, es decir, de aquellos enunciados que “regulan la conducta de los hombres que viven en sociedad, provienen de actos de producción normativa que son ejecutados comúnmente por autoridades normativas a las que otras normas jurídicas del respectivo ordenamiento otorgan competencia para la ejecución

¹¹ El art. 4 de la Ley N° 21.302 contempla 20 principios rectores. Vid. Estrada, Francisco (2021). *Ley N° 21.302 Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica*. Infajus, pp. 15-17. <https://bit.ly/3yVuAkz>

de tales actos de producción normativa, cuyo cumplimiento, además, se encuentra garantizado por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada, y que, por último, apuntan a la realización de ciertas aspiraciones de orden, paz y seguridad que los hombres desarrollan en cuanto viven en sociedad.”¹²

Un principio -seguimos en esto a Dworkin- constituye un “estándar que ha de ser observado, no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”¹³ En cambio, las reglas, y aquí le damos la palabra a Alexy, son “normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos”¹⁴

En consecuencia, un principio se diferencia de una regla (como la que declara un derecho) en que admite un grado de cumplimiento “en mayor o en menor medida”, en cambio, la regla sólo admite una opción de cumplimiento disyuntiva (“cumple” o “no cumple”).

En palabras de Alexy, los “principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. (...) Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas.”¹⁵

Así, la textura necesariamente abierta de los principios les provee de mayor amplitud en su campo de aplicación, pero debilita su precisión regulatoria al dejar entregada su determinación en el caso concreto al juez.

Ejemplos de principios son la buena fe, la protección del cónyuge más débil y el interés superior del niño o niña, el principio rector del derecho de familia (art. 16 Ley N° 19.698), que se perfila con cierto detalle en el art. 7 de esta ley.

Ejemplos de reglas son las regulaciones de la compraventa en el Código Civil, y el art. 34 de esta ley que disciplina la protección de la honra, imagen y reputación de niños y niñas.

Ubicar al inicio de un texto legal o reglamentario un conjunto de principios tiene como propósito proporcionar criterios para la interpretación o integración de ese campo jurídico de modo que la decisión del jurisdicente o de la administración honre la soberana voluntad del legislador. Así ocurre en el Código Procesal Penal donde el Título I del Libro I se denomina “Principios básicos.” También es la técnica legislativa utilizada en la Ley de Tribunales de Familia donde el Párrafo 1° del Título III regula “los principios del procedimiento”.

¹² Squella, Agustín (2000). *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, p. 71.

¹³ Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.), Ariel, p. 72.

¹⁴ Alexy, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 143-144. <https://bit.ly/3uLDr8u>

¹⁵ *Ibid.*

El objetivo de colaborar en la interpretación se ve dificultado ante un catálogo tan numeroso de principios.

Para analizar este amplio catálogo puede resultar de utilidad la categorización propuesta por Cillero (1996, 2016¹⁶) de principios estructurantes, refiriéndose a un conjunto de principios de la Convención. Estos son: igualdad y no discriminación (artículo 2), interés superior (artículo 3.1), autonomía y participación (artículos 5 y 12) y protección efectiva (artículos 3.2, 4 y 27 relativos a la protección, la efectividad y el derecho al nivel de vida, respectivamente). Asimismo, es necesario tener presente que el Comité de Derechos del Niño caracteriza al desarrollo con el adjetivo *holístico*, señalando que «*espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental espiritual moral psicológico y social del niño*» y que también utiliza para referirse a la disposición que establece que la educación tiene por finalidad lograr «*desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades*» (art. 29.1).¹⁷

Interés superior del niño o niña.

Por su relevancia le vamos a dedicar atención especial al principio del interés superior. Hace mucho tiempo que el principio del interés superior del niño (ISN en adelante) ha sido reconocido por los sistemas jurídicos, tanto de derecho civil como de derecho consuetudinario¹⁸, en el contexto del derecho familiar y de la legislación relacionada con el bienestar del niño.¹⁹

¹⁶ Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. En García Méndez, E. y Beloff, M., *Infancia, ley y democracia*. Luego publicado en Cillero, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 45-62, <https://bit.ly/3KHJ4Zi> Y Cillero, Miguel (2016). La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo. En Martínez, Clara (coord). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 85-121. <https://bit.ly/3GpPf28>

¹⁷ Comité de Derechos del Niño de NU (2003). *Observación General N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, 27 de noviembre de 2003. CRC/GC/2003/5. <https://bit.ly/33la4ys>

¹⁸ Unicef (2007). *Protecting the world's children. Impact of the Convention on the Rights of the Child in diverse legal systems*. Unicef y Cambridge University Press.

¹⁹ Entre los principales esfuerzos destacan: Rivero, F. (2000). *El interés del menor*. Dykinson; Ravetllat, 1. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Revista Educatio XXI*, 30 (2), 89-107 <https://bit.ly/3KiJxBm>; Garrido, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Problema (Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho)*, 7, 115-147 <https://bit.ly/38KGO6u>; Eekelaar, John (1994). The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism" *International Journal of Law and the Family* 8, 42-61 <https://bit.ly/3MmU14O>; Eekelaar, J. (2015). The role of the best interests principle in decisions affecting children and decisions about children. *International Journal of Children's Rights*, 23, 3-26 <https://bit.ly/3FbGXMj>; Freeman, Michael

El ISN ha sido considerado en nuestra jurisprudencia “un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado”.²⁰

Esa indeterminación es ambivalente. Allí está su poderosa amplitud y allí reside también el riesgo de su mal uso. Para atenuar un empleo adultocéntrico se ha puesto énfasis en el proceso de determinación. Así, tempranamente John Eekelaar planteó su propuesta de un proceso de auto determinación dinámico.²¹ El profesor oxoniense quiere confrontar lo que denomina un modelo objetivista de construcción del ISN

“Mediante este método, el tomador de decisiones se basa en creencias que indican condiciones que se consideran de interés para el niño. Las creencias pueden derivarse de las afirmaciones de los profesionales del bienestar que confían en sus capacidades de predicción, como la influencia ejercida por Goldstein, Freud y Solnit en la opinión de que el contacto con un padre ausente, a menos que sea aprobado por el padre cuidador, sería perjudicial para los niños, o la visión (relacionada), ahora atenuada, de que la interrupción del apego en una etapa temprana de la unión tendría serios efectos perjudiciales.”²²

Como advierte con mucha lucidez el Comité de Derechos del Niño

34. La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia.²³

(2007). Article 3. The best interests of the child. En Alen, A., Vande Lanotte, J., Verhellen, E. et al (Eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers; de Torres, José Manuel (2013). El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español. *Anuario de Derecho Civil*, 66 (2), 587-685 <https://bit.ly/3HMOrFm>; Zermatten J. (2003). *El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de trabajo 3-2003. Institut International des Droits de l'Enfant <https://bit.ly/36HKuFv>; Archard, David y Skivenes, Marit (2010). Deciding best interests: general principles and the cases of Norway and the UK. *Journal of Children's Services*, 5 (4), 43-54 <https://bit.ly/3OxWqKS>

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2004, rol N° 4105-04. Redacción de la abogada integrante sra. Paulina Veloso.

²¹ Eekelaar, John (1994). “The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism” *International Journal of Law and the Family* 8, 42-61. <https://bit.ly/3hb5Htb>

²² Eekelaar (1994), pp. 46-47.

²³ Comité de Derechos del Niño (2013). *Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14 <https://bit.ly/3aNJcbg>

El empleo del ISN en la argumentación del fallo de la Corte Suprema del 2004 en el caso Atala muestra particularmente el riesgo de una categoría que exige cierta estructura en su fundamentación. Recordemos que la Corte Interamericana justamente reprochó que

si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (supra párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (supra párr. 118, 119, 125, 130, 140 y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.²⁴

Beloff explicando este problema apuntaba que “se trata de una noción que, aunque inserta en la Convención, respondió a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaure con ella.”²⁵ De ahí que Cortés, comentando este fallo señale:

*este principio es peligroso en su ambigüedad e indeterminación, puesto que la tendencia es a “invocarlo” más que a efectuar un razonado análisis de los derechos involucrados y las implicancias jurídicas de las diversas formas de resolver un conflicto de derechos. (...) Por estas razones es que nos hemos referido otras veces al interés superior del niño como el “caballo de Troya” del derecho tutelar de menores dentro del nuevo derecho de la infancia-adolescencia.*²⁶

De este modo, la determinación del ISN tiene un marcado carácter procesual, y para su logro exige una apreciación en concreto -nunca en abstracto- de las específicas, situadas y particulares circunstancias de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias abarcan cuestiones como la edad, el sexo, el género, el grado de madurez, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, las circunstancias del grupo familiar y su historia, etc.

En este contexto, la lista de criterios es una técnica legislativa que tiene como objetivo facilitar la estructuración de la argumentación jurídica, controlar el uso de determinadas reglas y facilitar la aplicación de principios.

²⁴ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, N° 146. <https://bit.ly/3LIYC0q>

²⁵ Beloff, Mary (2009). *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*. Del Puerto, p. 15

²⁶ Cortés, Julio (2004). Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: Comentarios a una sentencia de la Corte Suprema de Chile. *Justicia y derechos del niño*, 6, pp. 192-193. <https://bit.ly/2NWxx0G>

Ejemplos de esta técnica en nuestro ordenamiento se encuentran en el art. 225-2 del Código Civil donde se enuncian diez criterios para la determinación judicial del cuidado personal de un niño. O en el artículo 24 de la ley N° 20084 donde se señalan los criterios para la determinación de la sanción más idónea para un adolescente condenado en el sistema penal juvenil.

En derecho comparado se ha comenzado a expandir esta práctica incorporándola en las legislaciones, de modo de orientar y precisar el proceso de determinación de ISN. El Comité de Derechos del Niño se refirió favorablemente a la técnica del listado de criterios, o checklist, en su célebre Observación General N° 14:

50. El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible.

51. La elaboración de esa lista de elementos proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños, como la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, y, en caso necesario, se podrían añadir otros elementos que se considerasen apropiados de acuerdo con su propia tradición jurídica. El Comité desea señalar que, al añadir elementos a la lista, el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños.²⁷

El art. 7 en sus primeros cuatro incisos reproduce la noción tridimensional del numeral 6 de la OG N° 14 del Comité y acude, en su inciso 2°, a una conceptualización heredera de la propuesta por Cillero (1999).

Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1.

²⁷ Comité de Derechos del Niño (2013)

En su inciso 5° contiene 9 criterios que deben estructurar la fundamentación del empleo de este principio.

Criterios art. 7 Ley N° 21.430
a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.
b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.
c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.
d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente.
e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.
f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.
g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.
h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida.
i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.

Hay algunos criterios que podrían comprenderse implícitos en otros. Así ocurre con la autonomía (letra f) que es un derecho (letra a). Por otro lado, es difícil comprender cómo una desventaja (letra g) puede no estar incluida dentro de los criterios d) o e), dada la amplitud de éstos.

También el enunciado de algunos criterios parece un resumen de varios elementos. Así ocurre con la letra i) que intenta incorporar una cláusula de apertura del listado al comienzo

de la oración, luego agrega el criterio prospectivo (presente también en los listados inglés y español) de estimación de efectos futuros y finaliza aludiendo al desarrollo.

Me parece, grosso modo, que las letras a), b) y c) no aportan nada novedoso porque la idea de considerar los derechos en juego es consustancial al ejercicio de la jurisdicción y porque escuchar al niño es un imperativo desde el art. 12 de la Convención y el 16 de la ley N° 19,968 y en otros cuerpos normativos. Escuchar a los padres es lo usual. En cambio, las letras d), e) y h) aportan algunos criterios más innovadores.

En la letra d) hay un desglose del desarrollo holístico anteriormente mencionado.

La letra e) también construye una comprensión amplia y enriquecida de la noción de identidad del niño, niña o adolescente-

Y la letra h) pone en juego la necesidad de estabilidad en las soluciones que se adopten.

4. Derechos y garantías

El párrafo 2° del Título II, regula, entre los artículos 23 a 55 los derechos y garantías del nuevo sistema. El último artículo del párrafo, el art. 56, se refiere a deberes y responsabilidades. No se divide en el catálogo las garantías anunciadas en el título a menos que se conciba por tales ciertas interpelaciones genéricas a que el Estado provea determinadas prestaciones.

Sobre esto, es conveniente recordar que en doctrina se entiende a las garantías, en este contexto, como “un instrumento al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa.”

Ninguna de las disposiciones examinadas configura una garantía en este sentido.

Algunos rasgos permiten sintetizar el aporte de este catálogo:

1. Redundancia.

El examen de los diversos derechos lleva ineludiblemente a la conclusión de que en su gran mayoría ya se encontraban consagrado en nuestro ordenamiento, o en la Convención de derechos del niño o en leyes especiales. Son pocos los derechos introducidos por esta normativa, como se puede revisar en el listado del cuadro que va más adelante.

La técnica legislativa de obrar por acumulación genera evidentes problemas de duplicidad de competencias o de confusión en torno al órgano responsable de conocer las infracciones a ciertos derechos.

Derecho	Artículo	CDN y DIDDHH
Derechos civiles y políticos	art. 23	
Derecho a la vida	art. 24	art. 6 CDN
Derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado	art. 25	art. 27 CDN
Derecho a la identidad	art. 26	arts. 2 y 8 CDN
Derecho a vivir en familia	art. 27	arts. 5 y 9 CDN
Derecho a ser oído	art. 28	art. 12 CDN
Libertad de expresión y comunicación	art. 29	art. 13 CDN
Libertad de pensamiento, conciencia y religión	art. 30	art. 14 CDN
Libertad de asociación y reunión	art. 31	art. 15 CDN
Derecho a la participación	art. 32	art. 12 CDN
Derecho a la vida privada y a la protección de datos personales	art. 33	art. 16 CDN
Derecho a la honra, intimidad y propia imagen	art. 34	arts. 8 y 16 CDN
Derecho a la información	art. 35	arts. 13 y 17 CDN
Derecho a la protección contra la violencia	art. 36	arts. 19 y 20 CDN
Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil	art. 37	arts. 19, 32, 34 y 36 CDN
Derecho a la salud y a los servicios de salud	art. 38	art. 24 CDN
Derecho a atención médica de emergencia	art. 39	art. 24 CDN
De la información sobre la salud y el consentimiento informado	art. 40	art. 24 CDN
Derecho a la educación	art. 41	arts. 28 y 29 CDN
Derecho a la atención a la diversidad educativa	art. 42	arts. 28 y 29 CDN
Derecho a la seguridad social	art. 43	art. 26 CDN
Derecho a la recreación, al deporte y a la participación en la vida cultural y en las artes	art. 44	art. 31 CDN
Medidas de prevención y protección del embarazo,	art. 45	

maternidad y paternidad de menores de 18 años		
Zonas y equipamientos recreativos	art. 46	
Derechos y deberes en el espacio urbano	art. 47	
Medio ambiente	art. 48	
Libertad personal y ambulatoria	art. 49	art. 37 y art. 40 CDN
Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización	art. 50	arts. 3, 12 y 40 CDN
Protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley	art. 51	arts. 3, 20, 37, 39 y 40 CDN
Niños, niñas y adolescentes con necesidad de protección internacional	art. 52	art. 35 CDN
Protección y defensa como consumidores y usuarios	art. 53	
Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de niños, niñas o adolescentes	art. 54	
De la publicidad	art. 55	

2. Descoordinación normativa

Dos casos espero contribuyan a ilustrar este fenómeno.

a. Primero, y aunque aparece en el párrafo de los principios -probablemente porque en la doctrina se le califica con una doble naturaleza²⁸-, la no discriminación (art. 8) posee un perfil más cercano al de derecho como la propia redacción del artículo comentado deja en evidencia.

La regulación en esta ley contiene más categorías sospechosas²⁹ que en otros cuerpos normativos por lo que constituye, en ese sentido, una indudable mejora y fortalecimiento de

²⁸ Nogueira, Humberto (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 13(2), 61-100. <https://bit.ly/3BkBu47> También recientemente anota esta doble dimensión de la igualdad Coddou, Alberto (2020). Derecho a la igualdad ante la ley. En Contreras, P. y Salgado, C. (editores). *Curso de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, p. 243.

²⁹ Con esta expresión se alude en doctrina "a ciertas propiedades, características, rasgos o condiciones predicables de las personas que en los hechos o en el Derecho han estado históricamente

este derecho. El problema es que el articulado no esclarece su relación con la otra normativa que regula este derecho, la ley N° 20.609 conocida como Ley Zamudio que cuenta con un propio mecanismo de reclamación. Queda entonces montado un sistema doble, que no resuelve ante quién se reclama cuándo se produce una infracción a este derecho en los términos del art. 8° ¿Se va al juzgado de familia, según el procedimiento de aplicación de medidas de protección? ¿a la Oficina Local de Niñez, conforme al procedimiento de protección administrativa? ¿O ante el juzgado civil, según dispone la Ley N° 20.609?

b. Luego, con el art. 34, sobre derecho a la honra, intimidad y propia imagen, que en su inciso 4° regula de una manera muy precisa, con varias condiciones, la divulgación de datos.

Se prohíbe la exhibición y divulgación de toda información que pueda estigmatizar a un niño, niña o adolescente o afectar su imagen, honra o reputación, causarle menoscabo o dañar sus intereses, y en particular, divulgar la imagen y la identidad de todo niño, niña o adolescente que fuere imputado o condenado por la comisión de un delito como autor, cómplice o encubridor; que fuere víctima o testigo de un delito o que se encontrare sujeto a procedimientos administrativos o judiciales. Los intervinientes en estos procedimientos estarán obligados a guardar reserva sobre la imagen e identidad de los niños, niñas o adolescentes involucrados, a menos que su divulgación resulte indispensable para la protección de sus derechos y siempre que se tomen los resguardos necesarios para evitar un daño mayor

El mismo tema se encontraba ya regulado en el artículo 33 de la Ley N° 19.733, de Prensa.

Se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella.

Esta prohibición regirá también respecto de las víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII, "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

La infracción a este artículo será sancionada con multa de treinta a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reiteración, la multa se elevará al doble.

La segunda regulación es más amplia y contiene menos circunstancias que permiten divulgación de información. Además, impone una sanción (una multa), de donde se colige que estamos ante una falta.

¿Cómo se compatibilizan ambas normativas que regulan la misma cuestión?

relacionadas con un trato discriminatorio, como el sexo o la raza." Díaz, Luis I. (2013). Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. *Revista chilena de derecho*, 40(2), p. 643. <https://bit.ly/3Lx796N> Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional las ha ido empleando: roles N° 2273-2013; 2257-2013; y 2250-2013.

Estos dos ejemplos exhiben la problemática situación generada por no considerar suficientemente el universo de derechos de la niñez que se ha ido configurando los últimos 20 años.

c. Derechos novedosos

También la ley contiene algunos derechos cuya inserción en el ordenamiento jurídico constituye un indudable aporte por su novedad.

Art.	Derechos novedosos
art. 46	Zonas y equipamientos recreativos
art. 47	Derechos y deberes en el espacio urbano
art. 48	Medio ambiente
art. 53	Protección y defensa como consumidores y usuarios
art. 54	Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de niños, niñas o adolescentes
art. 55	De la publicidad

d. Desaprovechamiento de avances jurisprudenciales

El listado de derechos, o por desconocimiento o por elección, desaprovecha de positivizar construcciones jurisprudenciales de reforzamiento de derechos.

Así ocurre con el emblemático derecho a ser oído. El 2015 la Corte Suprema inició una línea jurisprudencial, que se ha mantenido, que el derecho del niño a ser oído "constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión: "En general" lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa."³⁰

Esa comprensión pudo ser incorporada a la ley para reforzar su exigibilidad.

e. Irrupción de proceso constituyente

Al 4 de mayo³¹ el Pleno de la Convención Constitucional ha aprobado varios derechos sobre la niñez, algunos de los cuales superan los contenidos en este catálogo:

³⁰ Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, rol N° 124-2015. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Juan Fuentes B., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Carlos Pizarro W., y señora Leonor Etcheberry C.

³¹ <https://bit.ly/3kDzbRR> Debe recordarse que la numeración es provisoria.

89.- Artículo 20.- Ciudadanía. (...)

[4] El Estado promoverá el ejercicio activo y progresivo, a través de los distintos mecanismos de participación, de los derechos derivados de la ciudadanía, en especial en favor de niños, niñas, adolescentes, personas privadas de libertad, personas con discapacidad, personas mayores y personas cuyas circunstancias o capacidades personales disminuyan sus posibilidades de ejercicio.

91.- Artículo 22.- La nacionalidad chilena se pierde, exclusivamente: (...)

2. Por cancelación de la carta de nacionalización, siempre que la persona no se convirtiera en apátrida, salvo que se hubiera obtenido por declaración falsa o por fraude. Esto último no será aplicable a niños, niñas y adolescentes

101.- Artículo 11.- Derechos de niñas, niños y adolescentes. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos y garantías establecidas en esta Constitución, en las leyes y tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar, sin discriminación y en todo su actuar, los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva, su desarrollo integral y a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria y social.

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que les permitan el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. El Estado deberá velar porque no sean separados de sus familias salvo como medida temporal y último recurso en resguardo de su interés superior, en cuyo caso se priorizará un acogimiento familiar por sobre el residencial, debiendo adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar su bienestar y resguardar el ejercicio de sus derechos y libertades.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de violencia, maltrato, abuso, explotación, acoso y negligencia. La erradicación de la violencia contra la niñez será declarada un asunto de la más alta prioridad del Estado, y para ello diseñará estrategias y acciones para abordar situaciones que impliquen un menoscabo de la integridad personal de niñas, niños y adolescentes, sea que la violencia provenga de las familias, del propio Estado, o de terceros.

La ley establecerá un sistema de protección integral de garantías de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a través del cual establecerá responsabilidades específicas de los poderes y órganos del Estado y su deber de trabajo intersectorial y coordinado para asegurar la prevención de la violencia contra niños, niñas, y

adolescentes y la promoción y protección efectiva de los derechos de estos. El Estado asegurará por medio de este sistema, que ante amenaza o vulneración de derechos, existan mecanismos para su restitución, sanción y reparación.

213.- Artículo 10.- Derecho al cuidado. (...)

El sistema prestará especial atención a lactantes, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados.

219.- Artículo 22.- Derecho al deporte, la actividad física y las prácticas corporales. (...)

(Inciso segundo) El Estado reconoce la función social del deporte, en tanto permite la participación colectiva, la asociatividad, la integración e inserción social, así como el mantenimiento y mejora de la salud. La ley asegurará el involucramiento de las personas y comunidades con la práctica del deporte, incluido el de niños, niñas y adolescentes en los establecimientos educacionales, así como la participación en la dirección de las diferentes formas de instituciones deportivas.

247.- Artículo 12.- En los procesos en que intervengan niñas, niños y adolescentes, se deberá procurar el resguardo de su identidad.

292.- Artículo 18.- Es deber del Estado otorgar asistencia jurídica especializada para la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando estos han sido sujetos de medidas de protección, procurando crear todas las condiciones necesarias para el resguardo de sus derechos.

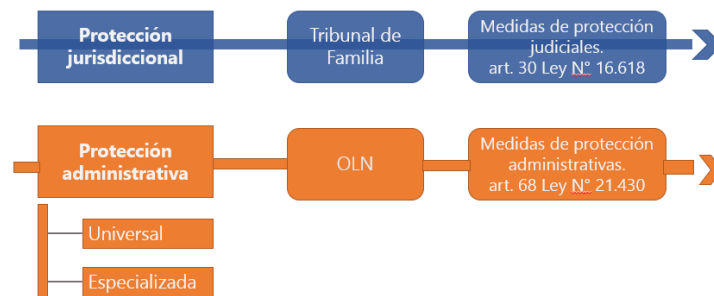
298.- Artículo 29.- Existirá un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Defensoría de los Derechos de la Niñez, que tendrá por objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, en conformidad a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior. La ley determinará la organización, funciones, financiamiento y atribuciones de la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

326.- Artículo 85.- (Inciso tercero) Las mujeres y personas gestantes embarazadas tendrán derecho, antes, durante y después del parto, a acceder a los servicios de

salud que requieran, a la lactancia y al vínculo directo y permanente con su hijo o hija, teniendo en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente.

341.- Artículo 23.- Todas las personas tienen el derecho a participar de un espacio digital libre de violencia. El Estado desarrollará acciones de prevención, promoción, reparación y garantía de este derecho, otorgando especial protección a mujeres, niñas, niños, jóvenes y disidencias sexogenéricas.

5. Protección administrativa



El Título III, “De la protección integral”, se estructura en 4 párrafos:

- Párrafo 1° Normas de aplicación general (arts. 57 a 60)
- Párrafo 2° De los deberes de la Administración del Estado (arts. 61 a 64)
- Párrafo 3° De las Oficinas Locales de la Niñez (arts. 65 a 67)
- Párrafo 4° De las medidas de protección administrativas (arts. 68 a 74)

El macroartículo 57 contiene una serie de definiciones de carácter conceptual más que normativo u operativo del momento que luego no son empleadas en el resto del articulado para distribuir competencias o encuadrar funciones. Así define “medios de acción”, “ámbitos de acción” donde a su vez conceptualiza “promoción y defensa de derechos”, “seguimiento y acompañamiento”, “protección de derechos” y “reparación.” Luego sigue con “protección especial” donde se refiere al “procedimiento de la protección de derechos” y a la “protección judicial”. De la lectura de los numerales 4 y 5 del art. 57 queda claro que en el 4 se está en verdad refiriendo a la protección administrativa aunque no la denomina de este específico modo.

En este artículo hay un par de disposiciones que poseen consecuencias para el funcionamiento del sistema.

Una está en el antecitado numeral 4 que para explicar en qué consiste esta modalidad señala que “se ejecuta mediante la dictación de medidas de protección” para luego añadir, en el siguiente párrafo, como límite de la actuación administrativa el “caso de perderse la

voluntariedad y/o requerirse la intervención judicial”. Entonces resulta que el procedimiento no se trata, en estricto rigor, de “dictación de medidas”, sino, cosa distinta, de un procedimiento de concordar medidas. Dictar implica un acto de autoridad y el ejercicio de un cierto imperio. Si siempre exige el acuerdo, entonces no es un dictamen.

La segunda disposición relevante se encuentra en el numeral 5, segundo párrafo, e indica que la “protección judicial no es excluyente de la administrativa.” Con lo que se legitima la sobre intervención, se arriesga la incoherencia en la intervención y se multiplican las exigencias que recaen sobre una familia que ha ingresado en el sistema proteccional.

El mismo numeral 5 consigna una norma de responsabilidad que parece más bien institucional o política y que resulta problemática dada la naturaleza misma de la configuración institucional de los tribunales en Chile: “La adopción y el cumplimiento oportuno y eficiente de las medidas de protección será de responsabilidad del Poder Judicial.”

A su turno, a la Subsecretaría de la Niñez se le encarga la “supervigilancia del trabajo de las Oficinas Locales de la Niñez.” No deja de llamar la atención que se altere la nomenclatura que se ha empleado en la ley N° 21.302 respecto al rol de la Subsecretaría de la Niñez respecto del Servicio de Protección Especializada que en su artículo 1° queda entregado a la fiscalización de la Subsecretaría.³² El uso de una expresión de menor vigor potestativo debe procurar ser subsanado. Una forma puede ser a través de los convenios que acuerde la Subsecretaría con los municipios a cargo de las OLN de modo de incorporar cláusulas que faculden la actividad inspectiva fiscalizadora de la Subsecretaría.

El art. 60 establece una innovadora acción de tutela administrativa que reconoce un sujeto activo amplio en la expresión “[t]odo niño, niña o adolescente, o cualquier persona en su nombre e interés”. Aunque no se explicita, parece razonable, en atención al sentido protector de la norma y a la lectura que la literatura y el Comité han hecho del art. 12, que pueda accionarse colectivamente sin mayores exigencias burocráticas.

Sin embargo, resulta problemático la forma en que se configura.

En primer lugar, la formulación tan amplia pareciera que abarcara todo el catálogo de derechos de esta ley pero al quedar circunscrito su conocimiento a tres autoridades no se entiende cómo esas autoridades, sin un mandato legal explícito, van a ordenarle a otra autoridad, como el Ministerio de Salud o el Ministerio de Educación o el de Vivienda, que garanticen el derecho vulnerado del niño o niña. Tampoco se contienen reglas de solución de contiendas de competencias con otros procedimientos administrativos o judiciales que vayan en resguardo de los mismos derechos, más allá de permitir la interposición de acciones constitucionales de amparo y protección.

Luego, por entregar tan ampliamente competencias a tres distintas instituciones (Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales

³² Luego, en el art. 6° letra h) de la ley N° 21.302 se habla de “supervisión y fiscalización”.

del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o las Oficinas Locales de la Niñez) sin precisar mínimamente los campos de atribuciones de cada una según la ley N° 21.530 y la Ley N° 21.302 porque en razón del principio de legalidad ninguna autoridad pública puede actuar válidamente fuera del ámbito de sus competencias legales. Esta indefinición puede generar un kafkiano reenvío al ciudadano o al niño a otra institución en razón de quién es, o no es, competente para conocer de qué vulneración.

El párrafo 2° establece los deberes de la administración del Estado en los artículos 61 a 64. El párrafo 3° regimienta al principal actor responsable de la protección administrativa, las Oficinas Locales de la Niñez en los artículos 65 a 67.

Y, finalmente, el párrafo 4° contiene la normativa sobre las medidas de protección administrativas en los artículos 68 a 74:

Art. 68.- Medidas de protección administrativa.

Art. 69.- Legalidad de las medidas de protección.

Art. 70.- Órganos competentes para la adopción de medidas de protección y medidas ante el incumplimiento de las medidas administrativas.

Art. 71.- Derivación de casos entre sedes administrativa y judicial.

Art. 72.- Procedimiento de protección administrativa.

Art. 73.- Revisión de medidas

Art. 74.- Acción de reclamación por ilegalidad.

Llama la atención el desorden en que se presenta la regulación. No hay un orden cronológico -en términos del iter procesal- ni temático en la presentación de los artículos.

El art. 68 resulta ser un equivalente al art. 30 de la Ley de Menores y al art. 71 de la Ley de Tribunales de Familia, aun cuando el 68 no logra distinguir entre medidas cautelares y medidas definitivas pese a que el inciso final impone el deber de adoptar medidas en un estrecho plazo “máximo de veinticuatro horas siguientes al conocimiento del caso” en “casos de urgencia”.

Las OLN podrán aplicar las siguientes medidas de protección:

- a) Derivar al niño, niña o adolescente y su familia, conjunta o separadamente, según el caso, a uno o más programas ambulatorios de protección social, de orientación y apoyo para el cuidado y crianza, fortalecimiento y/o revinculación familiar, prevención de vulneraciones, tratamiento y rehabilitación de los perjuicios ocasionados por éstas, y vínculo con redes de apoyo estatal, social y comunitaria.
- b) Instruir la matrícula o permanencia del niño, niña o adolescente en establecimientos educacionales.
- c) Instruir la activación de los beneficios de seguridad social que correspondan a los niños, niñas o adolescentes o a sus familias.
- d) Derivar a programas de asistencia integral a la embarazada.

- e) Derivar el ingreso a tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, o gestionar la internación, en algún centro de salud público o privado, del niño, niña o adolescente que lo requiera, o de su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso.
- f) Derivar al padre, madre, representantes o responsables del niño, al Servicio de Registro Civil e Identificación, a objeto que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presenten los documentos de identidad del niño, niña o adolescente, según sea el caso.
- g) Cualquiera otra medida de protección idónea debidamente fundada, a fin de preservar o restituir los derechos, dentro de los límites de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez.

Regla de distribución de competencias del art. 71 (síntesis):

1. Imposibilidad de intervención voluntaria con familia y medidas de protección de exclusiva competencia de los tribunales de familia.
2. Intervención frustrada (prot. adm. especial) por no adherencia al plan de intervención.
3. Intervención (prot. adm. universal) frustrada por incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas de
4. Nuevos antecedentes de vulneración de derechos de igual o mayor entidad que los que dieron inicio a la intervención en contexto de protección administrativa y proceda lo establecido en los numerales 1 y 3.

6. Sistema de garantías

Como ya vimos, la ley por objetivo crear un Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, el que se señala estará conformado por un “el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado.” (art. 1º)

Para lo anterior se dispone en este proyecto la creación de las Oficinas Locales de la Niñez como un órgano administrativo de protección, las que, junto al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y a la judicatura de familia, abordarán las distintas hipótesis de afectaciones de derechos de acuerdo a su gravedad y entidad, estableciéndose para tales fines una reconfiguración de las competencias de las citadas instituciones.

La Ley en su art. 1º indica que formarán parte de este sistema, “entre otros, los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración del Estado, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y las instituciones señaladas en el Título IV de la presente ley que,

en el ámbito de sus competencias, deban ejecutar acciones de protección, promoción, prevención, restitución o reparación para el acceso, ejercicio y goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.”