

67

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia

Francisco Estrada Vásquez
Ester Valenzuela Rivera

2023



Francisco Estrada Vásquez

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la Universidad Diego Portales. Ex director nacional del Sename, profesor de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Chile y de la Universidad Alberto Hurtado, y docente de postítulo en la Universidad Diego Portales, Universidad de La Frontera y Universidad de Chile. Investigador asociado en CIDENI, director ejecutivo de Corporación INFAJUS y autor de diversas publicaciones sobre derechos del niño y justicia juvenil.

Ester Valenzuela Rivera

Abogada de la Universidad Diego Portales y Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la misma casa de estudios.

Es académica y docente de pregrado y postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actualmente es directora del diplomado Derechos de Infancia y Adolescencia:

Problemas y desafíos. Es, además, docente de postgrado en la Universidad Católica y en la Universidad de Talca; investigadora y consultora en materia de derechos de infancia y familia, y autora de diversas publicaciones en el área.



Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia

MATERIALES DOCENTES 67

© Francisco Estrada Vásquez y Ester Valenzuela Rivera,
por los textos, 2023

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2023

Amunátegui 465, Santiago de Chile

academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

La Ley 21.430 es un estatuto legal novedoso en el derecho chileno que regula un conjunto de derechos en favor de un segmento específico de la población. Este trabajo examina los principios y derechos que se le reconocen a niñas, niños y adolescentes solo por ser tales. De alguna manera la ley operativiza los derechos ya declarados en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y está llamada a ser la ley marco del nuevo derecho de la niñez y adolescencia.

Dentro de sus principios juega un rol central el artículo 7, que regula el interés superior del niño, niña o adolescente y establece, en su inciso quinto, diez criterios para su determinación.

Los derechos contenidos en la ley son tanto civiles como políticos y se instituyen también algunos derechos novedosos en nuestro ordenamiento como al medio ambientes o respecto de la publicidad y el consumo.

Finalmente, y en la parte más problemática de la ley, se presenta y analiza el procedimiento de protección administrativa, donde el actor más relevante es la Oficina Local de Niñez. Se estudian las reglas generales, las medidas a aplicar, y la complicada delimitación de competencias respecto de los tribunales de familia.

Contenido

| | |
|----|---|
| 6 | <i>Introducción</i> |
| 6 | Antecedentes históricos |
| 15 | CAPÍTULO 1 |
| | Antecedentes generales |
| 15 | Fundamentos |
| 19 | Estructura y características generales |
| 20 | El proceso de reformas legales |
| 23 | El nuevo derecho de la niñez |
| 26 | CAPÍTULO 2 |
| | Análisis particular |
| 26 | Normas generales y principios: Objeto, sujeto y obligados |
| 33 | Los principios rectores |
| 34 | Profusión de principios |
| 36 | Principios centrales |
| 46 | CAPÍTULO 3 |
| | Derechos y garantías |
| 46 | Panorámica del catálogo |
| 50 | Derechos civiles y políticos |
| 52 | Derechos económicos, sociales y culturales |
| 54 | Derechos novedosos |
| 56 | CAPÍTULO 4 |
| | Protección integral |
| 56 | Normas de aplicación general |
| 58 | Deberes de la administración del Estado |
| 61 | Oficinas Locales de la Niñez |
| 67 | Procedimiento de protección administrativa |
| 77 | Derivación entre tribunales de familia y las Oficinas Locales de la Niñez |

Sistema de garantías

81 Institucionalidad de atención a la niñez

84 Institucionalidad de monitoreo de derechos humanos

89 Plan Nacional

Introducción

Antecedentes históricos

El 5 de diciembre de 1990 se publicó el Decreto 321 del Ministerio de Justicia, por el que se creó una comisión intersectorial asesora para estudiar y proponer las acciones e iniciativas necesarias para lograr una mejor integración social de los menores en situación de riesgo, desprotección y/o problemas de conducta. En este contexto, se elabora como proyecto la redacción de textos legales destinados a dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Existía ya el convencimiento de que resultaba apremiante adecuar nuestra normativa interna a los requerimientos de la recién ratificada Convención Internacional, de modo de superar el denominado modelo de la situación irregular que concebía al niño como un menor, un incapaz, objeto de la atención adulta (Cillero y Bernales, 2022: 12-15). Ya en 1990 algunas voces (Torres, 1990) instaban por la separación del Sename, denunciando la ineficacia de las políticas que se habían desplegado desde 1979 con una lógica de fuerte subsidiariedad y asistencialismo (Castillo-Gallardo y otros, 2022: 4-6; Alvarez, 1994).

La Comisión no entregó un texto (Cillero, 1994), sino la recomendación de confiar a especialistas la elaboración de anteproyectos en distintas materias. Es así como en 1995, Jaime Couso y Miguel Cillero elaboraron el primer borrador del proyecto de responsabilidad penal juvenil, y luego Marián Juste Picón desarrolló en 1996 las bases para una nueva legislación en materia de protección especial a la infancia y adolescencia (Juste, 1996). Este anteproyecto contiene un catálogo de derechos que básicamente replica el de la Convención y estatuye un sistema administrativo de protección.

La entidad administrativa tendrá la competencia exclusiva en materia de protección especial de niños y adolescentes —y sus familias—, en situación de riesgo de vulneración o vulneración de alguno de sus derechos por las causales señaladas en la ley, sin perjuicio de las funciones



judiciales correspondientes a la autoridad judicial competente (futuros Juzgados de Familia, a pie de página en el documento) y de la facultad de superior vigilancia del Ministerio Público (Juste, 1996: 63).

Esta entidad administrativa tendría facultades para investigar y decidir sobre la aplicación de medidas de protección ante amenaza o vulneración de derechos, para así poder ejecutar las medidas o terminarlas, resguardando los derechos y garantías de los involucrados.

De esta forma, la entidad administrativa se configura como un órgano decisor por excelencia en asuntos de protección especial de niños y adolescentes. Esta es la diferencia fundamental con el sistema tutelar actualmente vigente (Juste, 1996: 64).

La entidad sería un organismo central, como el Sename, que progresivamente delegaría competencias de ejecución de medidas a organismos regionales o locales, y debería «funcionar como parte integrante del sistema más amplio de bienestar infantil y del Sistema de Servicios Sociales Generales» (Juste, 1996: 64).

Aunque el proyecto no se presenta a discusión legislativa, otros proyectos sí lo hacen y es así como en los años noventa, luego de un duro debate legislativo, se logra aprobar la ley de filiación (Ley 19.585 del 26 de octubre de 1998) y la ley de adopción (Ley 19.620 del 5 de septiembre de 1999), entre otras importantes reformas legales.¹ Un reciente estudio contabiliza, entre marzo de 1990 y marzo de 2023, 105 leyes sobre derechos de la niñez (Estrada, 2023b: 315).

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, la jurisprudencia de los tribunales superiores fue extremadamente cerrada ante la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos llegando, en un fallo la Corte Suprema de la época, a calificar a la Convención de «norma programática».²

A comienzos de la década del 2000, el Ministerio de Justicia centraliza el diseño del proceso de reforma integral, y además prioriza la ley de tribunales de familia, la ley de subvenciones y la ley de responsabilidad penal adolescente. Las dos primeras iniciativas habían quedado suspendidas tras la crisis asiática y los cuidados en el manejo de las finanzas

¹ Puede examinarse un análisis de los avances legislativos del período en Contreiras (2003). Sobre el último período puede revisarse Unicef (2022).

² Corte Suprema, 10 de septiembre de 2003, rol 2837-2003.

públicas que trajo consigo, por lo que sería recién entre el 2003 y 2004 cuando el Ministerio de Hacienda autorizaría la disponibilidad de fondos para retomar su discusión.

Nos parece relevante mencionar un estudio encargado por el Ministerio de Justicia al académico Javier Couso de la Universidad Diego Portales, sobre las bases técnicas de una acción de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia (Couso, 2001). Sobre una acuciosa revisión de bases de datos jurisprudenciales el estudio constató que, en la Corte de Apelaciones de Santiago, de cerca de seis mil recursos de protección vistos entre los años 1989 y 2000, unos cuatrocientos afectaron a niñas, niños y adolescentes en materias vinculadas a expulsiones de colegio, tratamientos de salud, inexistencia de sala cuna en lugar de trabajo y derecho de las madres a ausentarse del trabajo para amamantar a recién nacidos, entre las materias más frecuentes.

Proyecto de ley del ejecutivo del 2004

El 7 de julio del 2004, el presidente Ricardo Lagos ingresó a la Cámara de Diputados un Mensaje con el proyecto de ley de protección de derechos de la infancia y adolescencia (Boletín 3596-18). Esto era parte del anuncio efectuado por el presidente Lagos el 12 de junio del 2000 desde el CTD Pudahuel, el cual dio inicio a la Reforma Integral al Sistema de Justicia y Protección de los Derechos de la Infancia y Adolescencia en Chile.³ El proyecto ingresó a la Comisión de Familia y no avanzó en su tramitación, ya que en ese momento se estaba tramitando con prioridad legislativa el proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente. De hecho, fue el diputado Juan Bustos quien le pidió al Ejecutivo consistencia en sus planteamientos de política pública. En respuesta al llamado del diputado, relevante miembro de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, el Ejecutivo presentó el proyecto.

Luego, en enero del 2005, a petición de los senadores de la Comisión de Constitución del Senado, en donde se estaba discutiendo el proyecto de responsabilidad penal adolescente, el Ejecutivo sacó el proyecto de protección de la Cámara y lo reingresó al Senado el 19 de enero.⁴

3 Disponible en <https://bit.ly/3jHpyVo>.

4 El Boletín 3596-18 pasó a ser 3792-07.

En el artículo 1 del proyecto se declaraba como propósito:

Determinar la responsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y regular los mecanismos especiales que deberán desarrollar los órganos de la Administración del Estado, los tribunales de justicia y, en general, las entidades públicas y privadas, con el fin de prevenir las situaciones de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, proteger y promover el ejercicio de los mismos.

Las demás disposiciones preliminares contenían los principios rectores e interpretativos de la ley: que los niños son sujetos titulares de derechos; que el interés superior del niño debe ser considerado en todas las decisiones que les afecten; y que la consideración de sus derechos es y debe ser prioritaria en el diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas. En ese mismo orden de cosas, se recogían garantías esenciales de un Estado de derecho, tales como el principio de igualdad y el de no discriminación en el ejercicio de los derechos. Finalmente, se reafirmaba que la protección de la infancia y la adolescencia constituía una responsabilidad compartida por la familia, la comunidad y el Estado, todos los cuales debían crear las condiciones para que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen en plenitud.

Quizá su mayor originalidad estaba en su artículo 20 que regulaba un novedoso mecanismo de exigibilidad: una acción especial de protección de derechos ante juzgados de familia cuando «por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos o garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico chileno». Cabe destacar que esto se mantuvo en el texto aprobado por el Senado, en el artículo 17, que además constaba de 52 artículos reunidos en siete títulos y en su artículo final se derogaba la Ley de Menores (Estrada, 2022d).

El proyecto fue discutido en el Senado, aprobado en general y en particular, y enviado a segundo trámite a la Cámara de Diputados donde nunca se continuó su tramitación.

El intertanto

El Ministerio de Justicia, en el 2007, encargó un estudio a un equipo de la Universidad Diego Portales encabezado por Miguel Cillero, pero no le siguieron avances en tramitación legislativa.

Años después, ciertas ONG por la infancia se agruparon para articular la campaña Movilizándonos (2010-2011) llegando a producir, con la asesoría jurídica de Felipe Viveros, un texto de anteproyecto. Así, en el año 2012, el ministro Joaquín Lavín convocó a estas ONG a una mesa de trabajo de discusión para un anteproyecto de ley.⁵

Unicef Chile (2012), por su parte, articuló reuniones de sociedad civil de discusión en torno al proceso de reforma y produjo un informe que registró ese amplio debate.

Proyecto de ley del 2012

El martes 30 de abril del 2012, el Ejecutivo cumplió su compromiso de presentar al parlamento el muy anunciado proyecto de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (Estrada, 2022d).⁶ Sin embargo, los apenas veinte artículos, carecían de los elementos centrales que la comunidad de expertos, académicos y las ONG venían reclamando por veinte años. Un análisis académico lo calificó como una «ilusión de universalidad» (Muñoz, 2013).

El texto era escaso en la enunciación de derechos, no contenía ningún mecanismo de exigibilidad y ningún recurso adicional, tampoco derogaba la Ley de Menores ni se avanzaba en la distinción entre protección administrativa y judicial. Es por esto que, tras revisar el documento durante algunas sesiones y ante numerosas críticas, este no fue aprobado ni siquiera en general en su primer trámite.

Desde el mundo de las ONG y de la sociedad civil se observó una decepción ante un texto que se alejaba gruesamente de lo discutido en la mesa de conversación con el Ministerio de Desarrollo Social.

La discusión legislativa

En septiembre del 2015, días antes de que Chile debiese presentar su informe periódico ante el Comité de Derechos del Niño de la ONU, y con el claro propósito de evitar un nuevo reproche del organismo internacional, el Ejecutivo de la época anunció el envío al parlamento del proyecto de ley de garantías de derechos de la niñez (Boletín 10.315-18).

⁵ «Proyecto de Ley Protección de Derechos de la Niñez y la Adolescencia», disponible en <https://bit.ly/3qfQuPv>.

⁶ Boletín número 8911-18.

Sin embargo, el proyecto se ingresó a trámite parlamentario una semana después y, aunque contó con una serie de relevantes estudios por parte del Consejo Nacional de la Infancia, su redacción final exhibió numerosos y serios problemas.

El primer rasgo deficitario que más resaltaba del proyecto era que la expresión «disponibilidad presupuestaria» se repetía catorce veces. Cada vez que parecía construirse un deber de un órgano del Estado, esta exigencia quedaba atenuada con este agregado: siempre que haya disponibilidad presupuestaria. Y esto se agravaba al considerar que el informe financiero adjunto señalaba que el proyecto no contemplaba recursos adicionales.⁷

Esto contrastaba con el cambio en la denominación tradicional de estas leyes, que pasó de ser una ley de protección integral a una de «garantías», porque ahora sí el Estado iba a garantizar derechos, según las palabras de la secretaría ejecutiva del Consejo. Parecía difícil comprender cómo se incrementarían garantías sin financiamiento adicional y sin una obligación estatal claramente delimitada, o sin siquiera una incrementación de recursos fiscales.

El segundo rasgo problemático era la forma en que se construían los artículos que pretendían declarar derechos. La gran mayoría de esos derechos ya existían en nuestro ordenamiento y algunos, incluso, estaban más ampliamente regulados en otros cuerpos legales. Era el caso, por ejemplo, de los derechos relacionados a la educación, que contaban con una declaración más ambiciosa y específica en la Ley General de Educación, aun cuando carecían en ese cuerpo legal de suficientes mecanismos de exigibilidad.

Un caso paradigmático era el del artículo 14.⁸ Uno de los graves problemas del sistema de protección actual era la carencia de un debido proceso, por lo que se pretendía consagrar como un derecho a este debi-

7 Una versión anterior de este análisis crítico en Francisco Estrada, «La elusiva protección a los niños», *Ciper Chile*, 6 de octubre 2015. Disponible en <https://bit.ly/3YacmHB>.

8 Artículo 14: «Debido proceso y especialización. El Estado velará por asegurar que todo niño pueda hacer valer en los procedimientos en que interviniere los derechos y garantías que le confieren la Constitución, los tratados internacionales vigentes en Chile y las leyes.

Los órganos del Estado propenderán a una efectiva especialización de todos los funcionarios cuyas tareas digan relación con la protección de los derechos del niño».

do proceso sin siquiera mencionar alguno de los rasgos de esta compleja garantía que pasarían a ser exigibles. Pero eso no se solucionaba con un artículo con una redacción tan gruesa y equívoca, es más, con ese nuevo artículo ninguna acción judicial de mejora podría prosperar.

¿Qué es lo que se garantizaba realmente en el texto? No era fácil decirlo. El texto era elusivo al respecto, y además de repetir «disponibilidad presupuestaria», empleaba varias veces el verbo «propenderá» que, claramente, no lleva aparejada la idea de exigibilidad.

Un tercer rasgo preocupante era el débil interés por las poblaciones que merecen una protección especial por parte del Estado. Solo en el tema de no discriminación se innovaba en materias de identidad sexual, pero ahí ya la Ley Zamudio ofrecía un marco normativo suficientemente amplio como para permitir interpretaciones judiciales que lo extendieran. Pero las otras poblaciones especiales de niños no encontraban en este proyecto un estatuto que resolviera algunos de los serios problemas que enfrentaban en Chile en septiembre de 2015, y que la crisis del año siguiente —por la muerte de Lisette Villa— vino a agudizar. La crisis política (renuncia de la directora del Sename y luego de la ministra de Justicia, nueva Comisión especial investigadora, etcétera) fue un hito más en una cadena de crisis que jalonaban la historia institucional del sistema de atención a la infancia.⁹

Finalmente, varias otras cuestiones eran igual de preocupantes: no se derogaba la Ley de Menores; se relegaba a un posterior proyecto la creación de la defensoría jurídica para niños; se creaba muy apresuradamente —en apenas un artículo— un procedimiento de protección administrativa a cargo del Ministerio de Protección Social, frente a vulneraciones de derechos de responsabilidad de la familia; y se infería que la reforma del procedimiento de protección judicial también vendría en un nuevo proyecto; etcétera. Es decir, incluso en relación al proyecto del 2005, este era un retroceso en varios aspectos.

Su primer trámite constitucional tuvo una duración de 17 meses y, durante la votación del proyecto en la sala de la Cámara, se rechazaron los títulos III y IV casi en su totalidad, debido a que el proyecto pretendía crear un sistema de protección administrativa sin recursos asociados ni tampoco se concretaba su aplicación territorial; implicaba una

⁹ Una recopilación de informes que dan cuenta de las crisis en Castillo-Gallardo (2022).



intromisión a la intimidad familiar toda vez que se otorgaban facultades jurisdiccionales a órganos de la administración del Estado (a MDS); y se entendía al niño como un sujeto aislado, entendiéndolo muchas veces en contraposición a sus padres.

El 2 de mayo del 2017 el proyecto fue despachado en su primer trámite constitucional, pasando a su segundo trámite constitucional en el Senado donde su debate demoró cuatro años. La Cámara de Diputados, en mayo del 2017, en su primer trámite constitucional, aprobó en general el proyecto de ley, con el voto favorable de 106 diputados de un total de 118 en ejercicio, y en particular, el inciso segundo del artículo 41 que fue aprobado con el voto afirmativo de 98 diputados.

Cabe mencionar que la desregulación del procedimiento administrativo fue un continuo reproche al Ejecutivo por parte de los senadores y de otros actores invitados al debate, como la Asociación Nacional de Magistrados a través de su comisión de infancia. Tanto así que, en diciembre de 2017, la comisión especial del Senado abocada a la tramitación de proyectos relacionados con la infancia, aprobó constituir una mesa interinstitucional promovida por la Asociación de Magistrados a la que sumarían legisladores y representantes del Ejecutivo para abordar todas las iniciativas de protección integral y derechos de la niñez. Esa mesa no se constituyó durante el gobierno de turno.

El cambio de gobierno permitió la reactivación del debate, en especial a través de lo que se denominó el Acuerdo Nacional por la Infancia, instancia interparlamentaria e interministerial que escuchó a diversos actores de la sociedad civil y académicos, y formuló un paquete de recomendaciones y compromisos.¹⁰ Después de un largo debate en el Senado se inició la discusión en diciembre del 2020, aprobándose finalmente el proyecto, con modificaciones, el 27 de enero del 2021.

La Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, aprobó el inciso segundo del artículo 42 y el artículo 84, por 93 votos, en ambos casos, respecto de un total de 154 diputados en ejercicio.

Posteriormente, el proyecto volvió a la cámara de origen para su tercer trámite constitucional. Si bien la Comisión de Familia y Adulto Mayor se pronunció favorablemente sobre las modificaciones realizadas por el Senado, una serie de disposiciones resultaron rechazadas debido a que no se alcanzó el quórum constitucionalmente requerido. En con-

10 Disponible en <https://bit.ly/3Nf6Ejs>.

secuencia, se formó una comisión mixta por haberse rechazado ciertas modificaciones propuestas por el Senado. Dicha comisión despachó su informe el 14 de junio del 2021.

Por su parte, el Senado aprobó dicha proposición en lo referente al inciso segundo del artículo 41, al párrafo final de la letra f) del artículo 66, y al artículo 74 del proyecto de ley, con el voto a favor de 25 senadores de un total de 42 en ejercicio.

Aprobado el informe de la comisión mixta por parte de ambas cámaras, el proyecto de ley quedó en estado de ser promulgado y publicado una vez despachado el oficio de ley con fecha 25 de junio de 2021, contando con 88 artículos permanentes y 5 disposiciones transitorias.



Capítulo 1

Antecedentes generales

Fundamentos

Cuando Chile ratificó en 1990 la Convención Internacional de Derechos del Niño (CDN) asumió, conforme al derecho internacional, el deber de aplicarla. El Comité de Derechos del Niño afirmó el 2003 en su Observación General número 5 párrafo 1, que la aplicación es «el proceso en virtud del cual los Estados partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción». El Comité (2003) releva «la importancia de que el derecho interno refleje los principios generales establecidos en la Convención (artículos 2, 3 y 6; véase el párrafo 12 supra)» y valora «la refundición de la legislación relativa a los derechos del niño, que puede subrayar y poner de relieve los principios de la Convención». Sin embargo, advierte que esto no basta y que resulta necesario además que «todas las leyes “sectoriales” pertinentes (sobre la educación, la salud, la justicia, etcétera) reflejen de manera coherente los principios y las normas de la Convención».

El Comité plantea un estándar para garantizar derechos a niños y niñas, que luego será parte de sus habituales preguntas a los Estados:

El criterio para saber si es así consiste en determinar si, en el caso de los niños, los derechos aplicables tienen efectividad realmente y se pueden invocar directamente ante los tribunales (Comité de Derechos del Niño, 2003).

Esos mismos criterios —que las leyes sectoriales contengan enfoque de derechos del niño, y que los niños puedan invocar derechos en tribunales— ofrecen una especial utilidad al momento de evaluar las disposiciones de este cuerpo legal, tal como se verá más adelante.

Las observaciones generales del Comité números 5 y 19 establecen con claridad que la definición de los presupuestos públicos bajo una



perspectiva de derechos debe considerar principios básicos adicionales a los cuatro pilares de la propia CDN, como son los de: eficacia, eficiencia, equidad, transparencia y sostenibilidad. Esto evidentemente implica una concreción durante todo el proceso presupuestario, incluyendo su planificación, aprobación, ejecución y seguimiento. La CDN en su artículo 4 establece que la adopción de medidas deberá ser «hasta el máximo de los recursos que dispongan», lo que incluye recurrir a acciones para movilizar, asignar y gastar suficientes recursos financieros. En el número 28 de la observación general número 19 se plantea que «los fondos asignados a las políticas y programas que promuevan la efectividad de los derechos consagrados en la CDN deben invertirse de manera óptima y conforme a los principios generales de esta». Lo anterior implica considerar el proceso de definición presupuestaria de nuestro país, cuya lógica fragmentada, presenta dificultades en términos de flexibilidad y sostenibilidad. La «prioridad debida» a la que hace alusión la observación general número 19 es clara en este sentido, conjugando primero una definición política con la obtención de los mecanismos presupuestarios que permitan su financiamiento, evidentemente de manera tanto incremental como medible.

Es importante señalar que lo mandatado por la Convención es la protección integral y esta se concibe dentro de un sistema de protección integral. Para conceptualizar este mecanismo seguiremos a Morlachetti (2013: 11) que lo entiende como el,

conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local orientados a respetar, promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de niños y niñas y reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia. También se tendrán particularmente en cuenta los mecanismos de relacionamiento entre las instituciones públicas y privadas del país, sus interacciones y complementariedades, en especial describiendo el vínculo entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil.

Precisamente el objeto de la Ley 21.430 es garantizar y proteger el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y en especial de los derechos humanos, cuestión planteada en su artículo 1 donde también plantea como objeto el crear el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. También se señala que este sistema estará integrado por un conjunto



de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de niños, niñas y adolescentes, contando con el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado.

En este momento, parece necesario precisar los distintos tipos de protección existentes para entender de qué se trata un sistema de protección integral y cómo se relaciona con las distintas formas de protección.

Protección Integral

Como lo señala García Méndez (1992: 7) «la Convención constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no solo para el menor abandonado-delincente, como resultaba de la letra y más aún de la praxis de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular». De esta manera se plantea la protección integral como la protección de todos los niños, niñas y adolescentes, y no solo aquellos abandonados o en conflicto con la ley. Esta situación convierte a cada niño, y a cada adolescente, en un sujeto de derechos exigibles. Esta protección involucra el gran cambio de paradigma que pretende instalar la CDN, es decir, una protección integral y universal concebida para todos los niños, niñas y adolescentes.

Si bien el preámbulo de la Convención se refiere a una protección especial, esta se enfoca en entender que los niños, niñas y adolescentes poseen características especiales de las cuales es preciso hacerse cargo. Los niños son sujetos de derecho y por el solo hecho de ser personas son acreedores de todos los derechos establecidos en todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los distintos países, sin embargo, hay particularidades que tienen los niños que es necesario tratarlas normativamente y, por ende, reconocer en el ejercicio de sus derechos la edad y madurez. Es a eso a lo que la CDN llamaría protección especial, pero se enmarca en la llamada protección integral.

Por tanto, la Convención instala la idea de una protección integral, la cual reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y que son titulares de todos los derechos. La Convención reconoce (desde el preámbulo) y aludiendo a las Declaraciones de 1924 y 1959 que el niño requiere una protección especial en razón de sus características.

A nivel doctrinario y legal hablamos de protección especializada cuando estamos frente a un niño, niña o adolescente vulnerado en sus



derechos o bien cuando existe una amenaza de vulneración de sus derechos, estableciéndose medidas focalizadas para evitar esta vulneración, o en el caso en que ya se hubiese producido, medidas que permitan la restitución de los derechos, y su reparación. Finalmente cuando estamos frente a niños, niñas o adolescentes o grupos de estos aún más vulnerables, que por su condición histórica, social, o estructural se encuentran en situaciones de mayor desventaja, por ejemplo, niños en situación de movilidad, niños en situación de discapacidad, niños en situación de calle, etcétera; se requiere una protección que llamaremos reforzada, la cual a través de un conjunto de medidas, políticas, mecanismos y acciones positivas permiten el ejercicio efectivo de sus derechos. Será el Estado el obligado a identificar a estos niños o grupos de niños para que en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación generen las acciones o medidas necesarias para brindar protección reforzada en los términos señalados.

Debido a lo anterior la Ley de Garantía y Protección Integral se constituye como una ley marco, reconociendo la protección integral (artículo 1) la protección especializada y la protección reforzada (artículo 51).

Surgen así deberes para el Estado, como:

- Garantizar pleno goce y ejercicio.
- Garantizar derechos económicos, sociales y culturales, hasta el máximo de sus recursos.
- Proveer programas, asistencia y apoyo integral y adecuado a padres y/o madres y familias.
- Crear e impulsar canales de participación social de niños, niñas y adolescentes.
- Dar prioridad a niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, sin discriminación arbitraria alguna, en el acceso y uso a todo servicio, prestación y recursos de toda naturaleza, sean públicos o privados, necesarios para su completa protección, reparación y restitución, en las debidas condiciones de seguridad y dignidad.

La efectivización de los derechos es fundamental en un sistema de garantías y plantea la necesidad de contar con mecanismos de exigibilidad, en esta línea la Ley de Garantía plantea la posibilidad de que cualquier persona pueda interponer acciones en caso de que los órganos



del Estado no cumplan con la observancia de los deberes establecidos en la misma ley, indicando que se habilita a toda persona a interponer acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de:

- Recursos y procedimientos, más breves, sencillos, expeditos y eficaces que se encuentren actualmente vigentes por amenaza o vulneración de derechos fundamentales o que sean especialmente establecidos por una ley que no podrá desmejorar las garantías existentes en el momento de su regulación.
- Acción de tutela administrativa.

Estructura y características generales

La Ley 21.430 está compuesta por 88 artículos y cinco disposiciones transitorias, y se organiza en seis títulos. El título II referido a principios, derechos y garantías posee 51 artículos.

Al examinar el articulado, es posible concluir que en su interior se abordan tres áreas temáticas centrales. Una primera destinada a principios y derechos; una segunda área que regula la protección administrativa, donde se establece el rol de las Oficinas Locales de Niñez y el procedimiento administrativo; y una tercera área dedicada al sistema de garantías, sus instituciones y funcionamiento.

La técnica legislativa insiste en la redundancia. Se encontrarán en esta ley cuestiones ya reguladas —y en algunos casos de mejor forma— por la Convención de Derechos del Niño o por otros cuerpos legales. Más adelante se examinan algunos ejemplos.

En derecho, lo que abunda daña, porque genera una serie de dificultades interpretativas, pero la fórmula de una larga enumeración de derechos ha sido la herramienta empleada por todas las legislaciones latinoamericanas. Es por esto que, y tal como García Méndez (2011) ya anotó, lo que suele estar ausente en la región son los recursos y los mecanismos de exigibilidad. Lo mismo puede predicarse de este cuerpo normativo.

La larga enumeración pudo ser comprensible a inicios de los noventa del siglo pasado. Pero ya entrando a la segunda década del siglo XXI, parece una forma de no asumir seriamente los derechos de niños y niñas. El ordenamiento nacional ha ido construyendo potestades, facultades y ámbitos de autonomía de forma fragmentaria, desordenada e inorgáni-



ca. Así también pasa en educación con una profusa normativa e institucionalidad, y además pasa en salud con una jurisprudencia audaz por parte de la tercera sala de la Corte Suprema.

El proceso de reformas legales

Entre marzo de 1990 y enero del 2023 contabilizamos 104 leyes sobre derechos de la niñez. Este proceso de adecuación normativa ha sido realizado «en forma parcial e inorgánica, abordando solo trazos específicos y desconectados entre sí que no dan cuenta de la integralidad y plenitud del compromiso asumido» (Maldonado, 2014: 211). Agreguemos que la protección penal de la infancia ha poseído una preponderancia estadística en esta legislación.

Es necesario recordar que, en sus observaciones finales a los informes de Chile de 1992, 2004, 2007 y 2015, el Comité consistentemente reiteró su llamado a derogar la Ley de Menores y a contar con una Ley de Protección Integral acorde a la Convención (Estrada, 2023a).

La Ley 21.430 es, entonces, «parte de una ambiciosa y nutrida agenda de reforma legislativa» (Estrada, 2022c: 3) en que se han embarcado los gobiernos durante la última década, conformada por siete proyectos de ley en simultánea tramitación legislativa y en diversas etapas y comisiones, donde todos ya terminaron su debate legislativo salvo el de reforma a la ley de adopción (**tabla 1**).

Este proceso de reforma ha enfatizado la dimensión institucional, siguiendo en esto el modelo latinoamericano (Estrada, 2022c) de privilegiar la generación de agencias públicas confiando en que estas serán capaces de efectivizar los derechos de la niñez, pero descuidando la instalación de mecanismos de exigibilidad fuertes y entregando los derechos económicos, sociales y culturales a la tensión entre las fuerzas del mercado y la actividad estatal.¹ Diversas voces criticaron la estrategia de priorizar las agencias públicas en vez de la ley marco (Cerda, 2021).

La Subsecretaría de la Niñez tiene como labor velar por los derechos de los niños, y para ello tiene, entre otras, las funciones de: asesorar al presidente en materia de protección integral de sus derechos (a través de la política y su plan de acción); administrar, coordinar y supervisar los sistemas o subsistemas de gestión intersectorial en materia de niñez;

¹ Sobre el proceso latinoamericano pueden revisarse Pilotti (2001) y García Méndez (2011).

capacitar y sensibilizar sobre los derechos de niños y su ejercicio; promover la participación de niños; desarrollar estudios e investigaciones sobre la niñez; colaborar en la elaboración de los informes vinculados a los derechos de los niños y sus familias, solicitados por órganos y comités especializados; y fiscalizar al Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia.

Tabla 1. Agenda legislativa en infancia 2013-2022

| Proyecto | Fecha de inicio discusión | Estado actual (tramitación a 31 de enero de 2023) |
|--|---------------------------|---|
| Proyecto de reforma integral al sistema de adopción en Chile, Boletín 9119-18 | 8/10/2013 | En segundo trámite (Senado) |
| Proyecto que establece un sistema garantía de derechos de niñez, Boletín 10.315-18 | 24/9/2015 | Ley 21.430 |
| Proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, Boletín 10.314-06 | 29/9/2015 | Ley 21.090 |
| Proyecto que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, Boletín 10.584-07 | 22/3/2016 | Ley 21.067 |
| Proyecto que crea un nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, Boletín 11.174-07 | 04/4/2017 | Ley 21.527 |
| Proyecto que incrementa la subvención a residencias, Boletín 11657-07 | 04/4/2018 | Ley 21.140 |
| Proyecto que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, Boletín 12.027-07 | 17/8/2018 | Ley 21.302 |

Fuente: Estrada, 2022c.

Esta última agencia pública mencionada —que junto con el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil reemplazaría al Sename—, tiene por objeto garantizar la protección especializada de niños, niñas y adolescentes y sus familias, que estén siendo gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos; así como también la restitución de los derechos, la reparación del daño y la prevención de nuevas vulneraciones. Introduce como principales cambios: mayor especialización, fortalecer el rol del grupo familiar, mayores requisitos a los organismos colaboradores, mayor supervisión y fiscalización, mayores exigencias al personal, mejoras respecto a la oferta programática, entre otros.²

La Defensoría de la Niñez debe, por mandato legal y entre sus principales funciones: dirigir su trabajo a difundir, promover y proteger los derechos de los niños, interponer acciones y deducir querellas, como también realizar recomendaciones generales o específicas, elaborar informes y emitir opiniones en materias de su competencia; por otro lado

2 Más detalles sobre el nuevo Servicio en Estrada, 2021a y 2021b.

debe intermediar o servir de facilitador entre los niños y los órganos de la administración del Estado, o aquellas personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños, cuando haya tomado conocimiento, de oficio o a petición de parte, de actos u omisiones que pudieren vulnerar tales derechos, además de requerir antecedentes o informes a los órganos de la administración del Estado o a aquellas personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de los derechos de los niños, cuando tome conocimiento de posibles vulneraciones a tales derechos, por actos u omisiones de las entidades; también es su deber visitar los centros de privación de libertad, centros residenciales de protección o cualquier otra institución, incluyendo medios de transporte; y por último, emitir informes y recomendaciones que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños, y observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la administración del Estado.

Con todo, cabe reiterar la advertencia que formula la profesora Carmen Domínguez (2020) en orden a que no basta la reforma legal, sino que se necesita «una extensa política pública que traduzca los principios normativos en iniciativas pedagógicas, sociales, de salud, entre otras», lo que se denominó en su momento el modelo multidimensional de la reforma del sistema de atención a la infancia. Sin embargo, una proposición acerca de dotar al área de adopción del Sename de una orgánica propia y específica, nunca tuvo acogida en el Ejecutivo (Estrada, 2012).

Finalmente, el último servicio público creado en esta agenda es el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, surgido con la Ley 21.527 publicada el 12 de enero del 2023. Este es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio y sometido a la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Es la institución estatal especializada encargada de la administración y ejecución de las medidas y sanciones contempladas en la Ley 20.084, artículo 2, a través del «desarrollo de programas que contribuyan al abandono de toda conducta delictiva, a la integración social de los sujetos de su atención, y a la implementación de políticas de carácter intersectorial en la materia». El inciso final del artículo 2 le impone al Servicio el deber de garantizar,

dentro del ámbito de su competencia y conforme a sus atribuciones y medios, el pleno respeto de los derechos humanos de sus sujetos de



atención, reconocidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y en la legislación nacional dictada conforme a tales normas.

El artículo 13 desarrolla las funciones que se le encargan al Servicio, entre las que cabe destacar:

- a) Administrar y supervisar el sistema para la ejecución efectiva de las medidas y sanciones aplicadas a sujetos de atención en virtud de la ley número 20.084.
- b) Ejecutar, directamente o a través de organismos acreditados, las medidas y sanciones aplicadas a los sujetos de atención.
- c) Proveer de programas especializados para el cumplimiento de las medidas y sanciones de la ley número 20.084.
- d) Coordinar con los órganos de la administración del Estado competentes la elaboración y ejecución de planes, estrategias, programas y prestaciones relacionados con reinserción, rehabilitación e intervenciones socioeducativas amplias orientadas a la integración social de los sujetos de atención, y colaborar con sus autoridades en la elaboración de políticas, cuando corresponda.
- e) Elaborar y proponer al Consejo de Estándares y Acreditación los estándares de funcionamiento para los programas a través de los cuales se ejecuten las medidas y sanciones de la Ley número 20.084, entre otras.

El artículo 29 estatuye una de las novedades más significativas de la nueva agencia: debe contar con un modelo de intervención, el que se concibe como «un conjunto estructurado de acciones especializadas basadas en prácticas efectivas orientadas a modificar la conducta delictiva y a incidir en la plena integración social de los sujetos de atención del Servicio». Debe incorporar acciones que crucen todo el *iter* de la sanción, «desde la dictación de la sanción o medida por el tribunal hasta el acompañamiento voluntario posterior al egreso [...] orientado a dar cumplimiento a los objetivos dispuestos por el artículo 20 de la Ley 20.084».

El nuevo derecho de la niñez

Como hemos visto previamente, en nuestro país el retorno a la democracia, la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño y la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos de la fa-



milia y la infancia, confluyeron en producir un impacto en nuestra normativa interna al constituirse en los fundamentos del cambio legal en derredor de los derechos de la niñez.

La Convención de los Derechos del Niño es el tratado de derechos humanos más universalmente ratificado y, además, ya que fue ratificado por veinte países —el número exigido por el artículo 49.1 de la CDN para entrar en vigencia— en menos de un año, es también el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos (Beloff, 2009).³

Un rasgo que lo distingue de otros importantes tratados de derechos humanos es que aúna, en un mismo texto, tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales; los configura como elementos complementarios y necesarios para asegurar los objetivos de protección integral del niño y de su participación en la sociedad en calidad de sujeto de derecho. Para alcanzar estas ambiciosas metas el tratado reconoce distintos sujetos obligados a garantizar, en diferentes niveles, el ejercicio de estos derechos: la familia, la sociedad civil, la cooperación internacional y el Estado. La CDN se preocupa de su implementación y para custodiar este proceso crea el Comité de los Derechos del Niño,⁴ encargado de examinar los progresos realizados por los Estados partes en el cumplimiento de sus obligaciones, a través de un sistema de informes periódicos (Estrada, 2023a). Las profesoras Retamal y Salinas (2019) han revisado exhaustivamente este diálogo entre el Comité y Chile.

La ratificación de la Convención en Latinoamérica dio lugar a lo que se ha denominado el modelo de la protección integral, que vino a superar al de la situación irregular, pero este proceso no ha estado exento de dificultades. Beloff (2009: 11) critica que varios países de la región se limitaron a «una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional».

En virtud de la persistencia de la Ley 16.618 y de normas como el artículo 15 —que señala «a) Recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección»—, es necesario sostener que el derecho de menores pervive en nuestro ordenamiento junto a

3 Entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990. A enero de 2023, 196 estados la han ratificado.

4 Disponible en <https://bit.ly/3gS5E5c>.

un estatuto tan diferente como el que se comenta en estas páginas. En medio de este desorden legislativo, se realiza el proceso de surgimiento del nuevo derecho de la niñez como una nueva subdisciplina con deslindes aún en construcción, pero ya con una nutrida jurisprudencia a su haber. Es preciso anotar la observación de los profesores uruguayos Falca y Piñeyro (2018), acerca de que 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 un conjunto de normas y de jurisprudencia que consagran derechos específicos para la niñez en sus diversos ámbitos de desarrollo» (Estrada, 2022c: 3).

La **tabla 2** sintetiza estos desarrollos legislativos y jurisprudenciales.

Tabla 2. Nuevo derecho de la niñez

| Ámbito | Legislación |
|---------------------|--|
| Familia | Código Civil ¹ y jurisprudencia en casos de comaternidad (Segundo 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). |
| Escuela | Ley 20.370, Ley 20.539, Ley 21.128, Oficio Ord. número 027, de 11 de enero de 2016, de Superintendencia de Educación, Res. Exe. número 812, de 21 de diciembre de 2021, Jurisprudencia de Corte Suprema sobre expulsión de estudiantes |
| Personalidad | Ley 21.120 y jurisprudencia sobre niñez no binaria (Tercer Juzgado de Familia de Santiago, 25 de abril de 2022, procedimiento voluntario, rol R-X-2022). |
| Salud | Ley 20.584 (inespecífica) Jurisprudencia de Corte Suprema (Tercera Sala) |
| Justicia juvenil | Ley 20.084, Ley 21.527 |
| Protección penal | Ley 21.160, Ley 21.013, Ley 21.057 |
| Protección especial | Ley 16.618, Ley 20.032, Ley 21.302 |
| Espacio habitable | Nada |
| Espacio virtual | Nada |
| Consumo | Nada |

1* Las reformas civiles más significativas, para la niñez, de los últimos 10 años son: Ley 20.680, de corresponsabilidad parental; Ley 20.830, Acuerdo de Unión Civil; Ley 21.334, cambio de orden de apellidos; y Ley 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. Fuente: Estrada (2022c).

Capítulo 2

Análisis particular

Normas generales y principios: Objeto, sujeto y obligados

El objeto de la Ley 21.430

El 21 de septiembre del 2015 el Ejecutivo iniciaba la discusión legislativa a través de un mensaje donde señalaba su propósito:

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 (Biblioteca del Congreso Nacional, 2022).

¿De qué se trata el concepto de *sistema de garantías*? El Consejo Nacional de la Infancia, órgano que diseñó el proyecto de ley presentado el 2005, explicó en su momento que,

un Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez, es básicamente un diseño organizacional y operativo que estructura dos tipos de relaciones: i) la relación entre los diferentes actores y el contexto del niño, y ii) la relación entre los componentes del sistema en pos de lograr la efectividad de los derechos del niño. Esta estructuración de dos tipos de relaciones pone en el centro los procesos de comunicación humana y la



construcción de sentido colectivo, lo que define al sistema de garantías como un sistema complejo con propiedades emergentes (Consejo Nacional de la Infancia, 2018).

Al presentar el informe de la Comisión Mixta, el senador Carlos Montes debió partir haciéndose cargo de:

La lamentable oleada de rumores y desinformación que se ha generado en torno a su contenido, en donde falsamente se ha querido instalar en la opinión pública que esta iniciativa persigue reemplazar el cuidado y orientación parental por una tutela del Estado, o que por medio del proyecto se pretende suprimir del todo las prerrogativas de los padres en la formación y desarrollo del niño, cuestiones que —reitero— no tienen relación alguna con la sustancia de la iniciativa ni con la protección institucional y garantías que se procura desplegar para asegurar los derechos de los niños en nuestro país (Biblioteca del Congreso Nacional, 2022: 2336).

Y es que, aunque el proyecto, como ya revisamos, tuvo una muy larga discusión y cuenta con antecedentes que se remontan a hace veinte años, un sector del parlamento introdujo la idea de que el cuerpo legal debilitaría la autoridad parental sin que existiese norma alguna que fuese en esa dirección.

Como expresó el senador informante, este proyecto busca honrar el compromiso internacional asumido al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, de adecuar toda nuestra normativa a este central cuerpo jurídico.

Es así como el 30 de octubre de 2015, en sus observaciones finales al informe de Chile, el Comité de Derechos del Niño, órgano encargado de la aplicación del tratado compuesto por dieciocho expertos,¹ expresó su preocupación sobre este específico punto:

8. El Comité celebra las diversas medidas legislativas adoptadas para promover los derechos del niño y la información de que se ha presentado al parlamento una ley sobre la protección integral de los derechos del

¹ Dieciocho y no diez, como erradamente afirman Carreta y Barcia (2019). La Asamblea General, en su resolución 50/155 del 21 de diciembre de 1995, aprobó la enmienda al artículo 43, párrafo dos, de la Convención sobre los Derechos del Niño, reemplazando la palabra «diez» por la palabra «dieciocho». La enmienda entró en vigor el 18 de noviembre del 2002 tras haber sido aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados parte (128 de 191).



niño. Sin embargo, expresa preocupación porque la Ley de Menores de 1967 tiene un enfoque tutelar incompatible con un marco jurídico adecuado que reconozca y garantice los derechos de todos los niños. El Comité también expresa preocupación por el hecho de que no hayan tenido éxito los intentos realizados en 2005 y 2012 para cambiar dicha ley.

9. Recordando su anterior recomendación (CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 8), el Comité recomienda al Estado parte que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y en su informe del 2018 reiteró esta idea al declarar:

124. El Comité recomienda que el Estado parte adopte el paradigma de protección integral de la Convención, especialmente: a) Aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que ésta sea conforme con la Convención.

Ya veremos que, lamentablemente y sin que exista una explicación razonable, el parlamento no derogó la actual Ley de Menores (Ley 16.618), e incluso, en el artículo 15, se mantienen en nuestro ordenamiento referencias a «menores en situación irregular» como foco de la actuación policial.

Volviendo al examen de la Ley 21.430, en el primer inciso del artículo 1 se establece muy claramente que tiene por objeto,

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.

Luego, en el inciso segundo, se dice que también tiene 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:

Conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cul-



tural y social de los niños, niñas y adolescentes, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado.

En esta línea, la ley comentada, como observó el senador Latorre durante el debate parlamentario,

determina quiénes son los destinatarios de las normas que contiene e impone a los órganos de la administración del Estado el deber de rendición de cuentas sobre las políticas desplegadas para la satisfacción de los derechos del niño, siempre en el marco de sus competencias y de los recursos de los que dispongan. Asimismo, se establecen las reglas para la aplicación e interpretación de los derechos, principios y garantías de los derechos del niño, determinándose además que las normas internacionales deben considerarse de igual forma al momento de aplicar e interpretar la ley, con la finalidad de garantizar su efectividad (Biblioteca del Congreso Nacional, 2022).

Con miras a conseguir los objetivos protectores y garantizadores enunciados supra, la ley instala un nuevo dispositivo a nivel local que viene a reemplazar a las actuales Oficinas de Protección de Derechos como puerta de entrada al sistema de protección: las Oficinas Locales de la Niñez. Estas se erigen como el principal —aunque no exclusivo— órgano responsable de la protección administrativa y que, en coordinación y estrecha colaboración con el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y la judicatura de familia, serán quienes reaccionen frente a las distintas hipótesis de vulneraciones de derechos.

El legislador es explícito y reiterativo desde el mensaje hasta los diversos informes, con el fin de que el presente estatuto sirva como ley marco en lo concerniente a derechos de la niñez del sector, y así poder sentar las bases generales del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, permitiendo el desarrollo futuro de distintos cuerpos normativos que tendrán por objeto complementar la institucionalidad y poner en ejecución sus postulados (Biblioteca del Congreso Nacional, 2022). Sin embargo, la redacción empleada, sin ser incorrecta, resulta algo redundante, rasgo que se reitera en el resto del texto.

Para efectos comparativos revisamos los artículos equivalentes en la legislación argentina, uruguaya y española:



- Argentina: Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño: «Artículo 1°. Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte».
- Uruguay: Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 17.823, no tiene artículo equivalente.
- España: Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tiene artículo equivalente.

Entonces, explicitar el objeto no es siempre necesario en la medida en que se colige el objeto a partir del propio sentido de las normas. Y si se elige explicitar el objeto, parece conveniente cierta moderación de modo de evitar la reiteración y redundancia normativa con fines de claridad expositiva.

Por otro lado, durante el curso de la tramitación el proyecto, en cuanto al objeto, este fue modificado en dos sentidos, los que terminaron siendo rechazados para el texto final. El primer asunto fue el debatido tema de la denominación del proyecto, y el segundo aspecto, que fue presentado oportunamente por la Defensoría de la Niñez (2019), fue la supresión de «toda alusión a prevención, restitución o reparación para el acceso, ejercicio y goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes enfocándose solo en protección».

Es necesario considerar que la agencia redactora del anteproyecto de ley, el Consejo Nacional de Infancia (2014), entendía así el objeto de esta ley:

Al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños, incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional, cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que las niñas y los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; establecer derechos propios de la niñez (como los derivados de la relación paterno/filial o el derecho al esparcimiento); regular



los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia; reconocer las libertades de los niños y su derecho a participar de las decisiones que le afectan; y limitar las actuaciones de las autoridades.

El sujeto de la Ley 21.430

El artículo 1 en su inciso cuarto, al referirse al sujeto de esta ley, busca diferenciar a las niñas y niños de los adolescentes: «Se entenderá por niño o niña a todo ser humano hasta los catorce años de edad, y por adolescente a los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad».

Esta conceptualización se encuentra también en el artículo 16 inciso final de la Ley 19.968, en el artículo 3 de la Ley 21.302 y en el artículo 1 de la Ley 21.057; y aunque resulta valioso que se reconozca la categoría de adolescente, este aporte se ve disminuido al no encontrarse luego en el cuerpo de la ley consecuencias jurídicas significativas y específicas a la distinción. Por el contrario, esta diferenciación puede agravar el problema de sobreabundancia de categorías existentes en la legislación civil chilena, que responde más bien al modelo proculeyano, aun cuando ya Ulpiano ubicaba a la *pueritia* en el arco de tiempo que iba desde el nacimiento hasta los diecisiete años (Tafaro, 2008).

Así, para el Código Civil (artículo 26), infante o niño es el menor de siete años, impúber el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce años, y menor adulto el que ha dejado de ser impúber. Pero en el artículo 2319, para efectos de responsabilidad civil, considera al menor de siete años siempre exento de responsabilidad, y al mayor de siete años, pero menor de dieciseis, lo somete a la discreción judicial para la apreciación de su discernimiento. Y, como frecuentemente el incapaz está al cuidado de un adulto (madre, padre o guardador), la responsabilidad civil recae en quien tenga el cuidado personal (Barros, 2006).² Por lo demás, la diferencia entre varones y mujeres menores de edad es cuestionable por el principio de igualdad y debería ser modificado.

La más fuerte consecuencia de la diferenciación entre niñez y adolescencia, como es sabido, se da en el derecho penal donde la Ley 20.084

² Luego en el artículo 2321 del Código Civil se consagra una presunción de responsabilidad de los progenitores por la mala educación de los hijos.

consagra un estatuto especial de responsabilidad para los adolescentes, que se extiende a ciertos comportamientos contravencionales de competencia de la justicia de familia (artículo 102 [A-N] de Ley 19.968).

Así, la adolescencia es una etapa que pone en primer plano el principio de autonomía progresiva, es decir, el paulatino ejercicio de derechos por sí mismos. Este principio, explicitado en el artículo 11 de la Ley 21.430, posee un campo de desarrollo en materias de derechos civiles, de la personalidad y del ámbito extrapatrimonial, quedando el modelo capacitista reducido a las cuestiones patrimoniales (Turner y Varas, 2021).

Además de la profusión de categorías etarias, cabe llamar la atención sobre la forma en que se despliega el estatuto protector. El artículo persiste en que el campo de acción del Estado, en cumplimiento de sus deberes de protección reforzada, está limitado por la mayoría de edad. Es decir, que si un adolescente de diecisiete años once meses veintinueve días experimenta una grave vulneración de derechos —un abuso sexual, por ejemplo— el deber de protección de las instituciones del sistema de garantía cesa al día siguiente. Sin embargo, eso no es correcto, y es más una lectura literalista que elude el deber estatal. El límite de dieciocho años tiene relevancia normativa para determinar el momento en que termina la consideración de esa circunstancia, pero los efectos de esa consideración, y el consecuente deber de protección, se mantienen inalterables aunque el sujeto cumpla dieciocho años. De ahí, entonces, que para el sistema de garantías y protección, incluidos los juzgados de familia y el Servicio de Protección Especializada, lo único importante es el momento en que se produjo la vulneración de derechos. Si este momento aconteció siendo menor de dieciocho años, existen deberes estatales de protección y reparación que se extenderán hacia la mayoría de edad del sujeto. Hay aquí una insuficiencia normativa que debe ser corregida.

Los obligados por la Ley 21.430

El legislador ha contemplado una formulación amplia de los obligados. Los derechos de niñas, niños y adolescentes deben ser resguardados en los diversos ámbitos y situaciones en que el niño crece, se desarrolla y aprende. En esos ámbitos y situaciones existen diferentes circunstancias que pueden propiciar o restringir su participación y el ejercicio de sus derechos, tanto con respecto de cuestiones cotidianas como tratándose de decisiones más relevantes. Es más, el legislador interno ya había he-

cho extensivo el interés superior de los hijos como principio rector a los padres y madres (artículo 222 del Código Civil).

El artículo 4 de la Convención exige que los Estados partes adopten «todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole», para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CDN. Aunque —según afirma el Comité (2003) en el párrafo 1— es el Estado quien asume las obligaciones ante el derecho internacional de los derechos humanos: «En la aplicación de esta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños».

Los principios rectores

El párrafo 1 del título II de la Ley 21.430 regula entre los artículos 16 a 22, los principios del nuevo sistema, tal como se ve en la **tabla 1**.

Tabla 1. Listado de principios

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

Fuente: Elaboración propia.

Profusión de principios

Emplearemos en esta sección algunas ideas planteadas previamente en apuntes de clases en Estrada (2022c).

Lo que primero salta a la vista del lector atento es la reiteración del problema de la profusa enumeración de principios que ya observamos en el artículo 4 de la ley que crea el Servicio de Protección Especializada.³ Los profesores Illanes y Contreras (2022) también estiman excesiva la regulación.

Para elucidar esta cuestión es necesario revisar algunas nociones básicas de amplio, aunque no unánime, consenso sobre los principios y las reglas como normas jurídicas (Carrió, 2011). Para esto, debemos comenzar recordando que ambos tipos de enunciados prescriptivos pertenecen al género 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 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 (Squella, 2000: 71).

Y para conceptualizar a los principios acudiremos a Dworkin (1989), para quien constituyen 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». Por otro lado, las reglas, y en esto seguimos a Alexy (1988: 143 y 144), son «normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos».

³ El artículo 4 de la Ley 21.302 contempla veinte principios rectores. Un examen de estos en Estrada (2021a).



Por tanto, la diferencia entre un principio y una regla —como la que declara un derecho— es que la primera norma admite un grado de cumplimiento «en mayor o en menor medida», en cambio, la regla solo admite una opción de cumplimiento disyuntiva: cumple o no cumple (Estrada, 2022c).

Otra forma de decirlo es, recurriendo a la tipología de Georg Henrik von Wright, y distinguir entre «reglas (normas que guían directamente la conducta) y principios (normas que la guían solo indirectamente, por medio de las mismas reglas)» (Barberis, 2015: 106).⁴

En palabras de Alexy (1988: 143 y 144):

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 solo *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.

De ahí que la textura necesariamente abierta de los principios les posibilita la capacidad de abordar una mayor amplitud en su campo de aplicación, pero, como contrapartida, atenúa su precisión prescriptiva porque requerirá necesariamente la determinación en el caso concreto del jurisdicente.

Los destacados profesores Atienza y Manero (1991: 108) advierten que:

Mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas.

Algunos ejemplos de principios, ampliamente tratados en doctrina, son la buena fe, la protección del cónyuge más débil y el interés superior del niño o niña, principio rector del derecho de familia al que el artículo 7 de la Ley 21.430 procura delimitar (Estrada, 2022c).

⁴ Barberis hace referencia al libro de G.H. Von Wright, *Norm and action. A logical enquiry* (1963).



Como ejemplos de reglas podemos considerar a la normativa que disciplina la compraventa en el Código Civil, y el artículo 34 de la Ley 21.430 que regula la protección de la honra, imagen y reputación de niños y niñas.

Cuando la autoridad pone al comienzo de una ley o reglamento un conjunto de principios, persigue 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. Pasa con el Código Procesal Penal donde el título I del libro 1 se denomina «Principios básicos» e igualmente es la técnica legislativa empleada en la Ley de Tribunales de Familia donde el párrafo 1 del título III regula «los principios del procedimiento» (Estrada, 2022c).

Pero si el listado es tan abundante, ese número cuantioso dificulta más que facilita el propósito de contribuir a la tarea exegetica. Además, si bien existen algunos principios cuya naturaleza puede ser doble, pueden existir razones para ser también considerados derechos. Así ocurre con los principios de no discriminación o interés superior, es bastante claro que en el listado concurren algunos enunciados cuya calidad de principio resulta muy discutible (Nogueira, 2006; Comité de Derechos del Niño, 2013). Así ocurre con el derecho y deber preferente de los padres y/o madres a educar y cuidar a sus hijos, la responsabilidad de la administración del Estado y la difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para concluir este apartado, cabe destacar que la gran mayoría de los denominados principios parecen estar orientados exclusivamente a regular y delimitar la actividad estatal ejecutiva y legislativa,⁵ y pocos parecen estar orientados al órgano jurisdiccional.

Principios centrales

Interés superior del niño, niña o adolescente

La relevancia de este principio no solo es dogmática sino también práctica, ya que la forma en que ha sido aplicado por los tribunales chilenos ha merecido reproches tanto por la Corte Interamericana de Derechos Hu-

⁵ De hecho, más bien parecen exhortaciones al Estado en pro de un trato prioritario que normas que establezcan reglas de solución de conflictos.



manos,⁶ como por el Comité de Derechos del Niño.⁷ Es digno de atención el hecho de que es frecuentemente empleado por la jurisprudencia nacional en su trabajo argumentativo, como la doctrina ha tenido la oportunidad de comentar (Estrada, 2015a; Lathrop, 2017; Acuña, 2018; Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2019)⁹ y ha sido integrado en diversos lugares de nuestra normativa interna (Ravetllat y Pinochet, 2015).

El artículo 7 de la Ley 21.430 recurre repetidamente a construcciones de la observación general número 14 del Comité. El inciso primero repite la idea del párrafo 6 de la observación general número 14 sobre las tres dimensiones del principio, noción que fue prontamente acogida por nuestros tribunales.⁸ Además, el inciso segundo acude al concepto propuesto por Cillero (1999a) en los noventa, y que ya se encuentra en diversas legislaciones latinoamericanas.⁹ El inciso tercero aborda al interés superior del niño en cuanto principio interpretativo, mientras el inciso cuarto lo comprende en cuanto principio procedimental.

El inciso quinto —quizá el más importante de toda la ley— contiene, en las nueve letras, diez criterios que deben estructurar la fundamentación del empleo de este principio, siguiendo en esto la recomendación del Comité de Derechos del Niño (2013):

- 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.
- 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.

6 Caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, de 24 de febrero de 2012.

7 Dictamen contra Chile por situación de niños y niñas en residencias 1 de junio de 2018 y Comité de DN, Dictamen contra Chile por infracción al artículo 3 en relación con los artículos 9 y 23 de la CDN, 16 de junio de 2022.

8 A modo de ejemplo, Corte Suprema, 8 de junio de 2015, rol 27.304.

9 Por ejemplo: artículo 3 de la Ley 26.061 (Argentina), artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1.098, 8 de noviembre de 2006 (Colombia), artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 17.823 (Uruguay) y artículo 8 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de 2016 (Venezuela).



- f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.
- g) Cualquier situación de especial desventaja.
- h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.
- 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.

Sin embargo, este no se trata de un listado taxativo, de hecho la letra i) —que contiene dos criterios— da cuenta de que esos elementos pueden ampliarse a otros en caso de ser pertinentes en el caso que se conoce.

No discriminación

El artículo 8 sobre igualdad y no discriminación aporta un listado de categorías sospechosas¹⁰ (unas 32 aproximadamente) muy superior al de otros cuerpos normativos. Pero esta regulación exhibe una dificultad respecto a su exigibilidad, y es que el articulado no dialoga con la otra normativa que regula este derecho, la Ley 20.609 llamada Ley Zamudio. Esta legislación cuenta con su propio mecanismo de reclamación (Muñoz, 2015), que se configura, entonces, como un sistema doble donde no resulta claro ante qué autoridad se debe concurrir cuando se produce una infracción a este derecho en los términos del artículo 8: ¿Ante el juzgado de familia, según el procedimiento de aplicación de medidas de protección?, ¿o ante la Oficina Local de Niñez, conforme al procedimiento de protección administrativa?, ¿o tal vez se puede seguir concurriendo ante el juzgado civil, según dispone la Ley 20.609, pero ahora con mayor amplitud de causales cuando se trata de un niño, niña o adolescente? (Estrada, 2022c).

Participación

Constituye, como es sabido, uno de los principios fundamentales de la CDN regulado en el artículo 12 de esta. El Comité (2009), en su observación general número 12, aclara cómo debe entenderse este derecho y señala que:

¹⁰ Como es sabido, esta expresión alude en la literatura «a ciertas propiedades, características, rasgos o condiciones predicables de las personas que en los hechos o en el derecho han estado históricamente relacionadas con un trato discriminatorio, como el sexo o la raza» (Díaz, 2013).



- *Los Estados garantizarán:* es decir, existe el deber de establecer mecanismos efectivos que garanticen el derecho a ser oído, es decir mecanismos de exigibilidad para la efectivización de este derecho.
- *Dicha garantía es respecto del niño para que esté en condiciones de formarse un juicio propio:* es decir, los Estados deben partir de la presunción que el niño tiene capacidad de formarse un juicio propio y no debe ser el niño el que tiene que probar dicha capacidad, por tanto la carga de la prueba no estará en el niño.
- *El derecho de expresar su opinión libremente:* no se puede limitar ni por edad ni por nada ya que los niños desde muy temprano pueden expresar, ya sea por expresiones faciales conductas etcétera, no se requiere que tenga conocimiento exhaustivo sino conocimiento suficiente para formarse una opinión, Los niños no pueden ser sometidos a presiones ni manipulaciones. Voluntariamente deben expresar en espacios acordes y seguros, en casos de abusos no más allá de lo necesario.
- *En todos los asuntos que afectan al niño:* se consideró enumerar pero esto se descartó, de esta forma se deja plena amplitud al ejercicio de este derecho.
- *Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño:* la madurez y capacidad de comprender y evaluar consecuencias de un asunto no se puede limitar a una edad determinada depende de entorno experiencias de vida personalidad, etcétera.

Por otra parte, la participación se compone de derechos como el derecho a ser oído, libertad de opinión, derecho a la información, reunión y asociación.

La Ley 21.430 señala explícitamente en el último inciso del artículo 18 sobre el principio de participación social que:

Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, promoverán que las opiniones de los niños, niñas y adolescentes sean escuchadas en todos los temas que los afecten, cuando ello sea posible de acuerdo a su autonomía progresiva. Este principio se manifestará a través de los derechos a ser oído, de reunión, asociación, libertad de expresión e información.



Asimismo, en el artículo 32, estableciendo el derecho a la participación, señala que:

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a participar activamente en los asuntos que les conciernan o les afecten, de conformidad con la ley.

Los órganos del Estado velarán por incorporar progresivamente a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de los derechos y responsabilidades ciudadanas. La Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción, establecidos en el título V, determinarán las medidas concretas para promover la participación de los niños, niñas y adolescentes y los mecanismos que permitan recoger sus opiniones en relación a las políticas, proyectos, programas o decisiones que les afecten. Supletoriamente se aplicarán las disposiciones del título IV de la Ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado.

Existe, por tanto, un deber del Estado de propiciar espacios de participación y generar medidas concretas para la efectivización de este derecho. Es, precisamente, la política de efectivización del Poder Judicial la que pretende propiciar la implementación progresiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esto a través del servicio público de justicia desde un enfoque de derechos humanos, generando lineamientos que permitan guiar y orientar, de manera sistemática y organizada, el proceso de transformación institucional del Poder Judicial hacia un modelo que garantice el pleno respeto y la promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en línea con los principios de la Convención de los Derechos del Niño (Poder Judicial de Chile, 2021).

Autonomía progresiva

La autonomía progresiva surge como conceptualización del término «evolución de facultades» (*developing capacities*). Este término es novedoso y es la Convención la que lo introduce por primera vez. El artículo 5 de la Convención estipula que tanto la dirección como la orientación son impartidas por los padres u otras personas encargadas legalmente del niño, y estos tienen el deber de tomar en consideración la capacidad del niño de ejercer sus derechos por cuenta propia. «A medida que los niños adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de dirección y orientación, y aumenta su capacidad de asumir res-



ponsabilidades, tomando decisiones que afectan su vida» (Lansdown, 2005: 9).

En la fase final de tramitación de la ley se produjo un impás a partir de la lectura de este principio que realizó un sector conservador del Congreso, y que terminó plasmándose en la presentación de un requerimiento de un grupo de parlamentarios de gobierno, con apoyo del Ejecutivo, al Tribunal Constitucional, el cual, en voto dividido, acogió dicha acción.¹¹ El texto legal en ese momento en discusión contenía un conjunto de frases que les parecían inconstitucionales:¹²

- En el artículo 11 inciso primero: «En cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo».
- En el artículo 11 inciso segundo: «Que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado».
- En el artículo 31 inciso cuarto: «O por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren».
- En el artículo 31 inciso quinto: «O por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con la que se desenvuelven así lo permitieren».

Los parlamentarios fundaron su acción en que:

Esta preceptiva vulnera el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos, y el deber del Estado de otorgar especial protección al ejercicio de ese derecho, conforme al artículo 19 número 10, inciso tercero, en relación con el artículo 19 número 26 de la Constitución Política.

Sin embargo, el artículo 5 de la CDN es claro en ese sentido y resuelve el punto al afirmar la prevalencia de la educación, orientación y dirección de los padres por sobre la del Estado. No es, en todo caso, cualquier educación ya que debe ser impartida en consonancia a la evolución de sus facultades y, en segundo lugar, debe ser «apropiada» para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, 26 de julio de 2021, rol 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas). Disponible en <https://bit.ly/3uYbn1M>.

¹² Anotamos aquí las frases referentes a la autonomía progresiva. Hay otra frase objetada en otro tema, en el artículo 41, inciso cuarto: «De carácter laico y no sexista».



Los padres no tienen carta blanca en la educación, dirección y crianza de los hijos, y la Convención lo deja claro al indicar que el objetivo debe ser que el niño ejerza los derechos contenidos en la Convención. Para mayor refuerzo, la CDN agrega en el artículo 18 que «incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño». Señalando que su preocupación fundamental será el interés superior del niño, es decir, la responsabilidad de crianza y también del desarrollo del niño, debe basarse en el interés superior. Por consiguiente, la familia tiene preferencia en la educación de sus hijos por sobre el Estado, pero esa responsabilidad primordial deberá ser apropiada para el ejercicio de los derechos y se trataría de una responsabilidad respecto de la crianza, como también respecto del desarrollo del niño, niña o adolescente. Además, estaría basada en el interés superior, por lo que el Estado solo interviene, de manera excepcional, cuando esa crianza o dirección no es apropiada para el ejercicio de derechos ni se basa en el respeto del interés superior del niño.

La sentencia del Tribunal Constitucional es lamentable en varios sentidos, ya que constituye un serio retroceso en los derechos del niño. Y, en efecto, el voto de la mayoría, lejos de ofrecer una mirada sistemática de las normas de la Convención y en particular del artículo 5, entra en la lógica de los parlamentarios conservadores y construye un falso dilema: la oposición inconciliable entre autonomía progresiva y derecho preferente de los padres a educar,

este derecho preferente a educar a sus hijos y conducirlos progresivamente en su camino hacia la adultez se ve relativizado al punto de afectar su esencia (artículo 19, número 26). Se constata en el proyecto una juridificación de las relaciones de una madre y/o padre con sus hijos. Hay un cambio de orientación. La educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles.

A propósito de otra de las frases impugnadas (del artículo 11 inciso segundo) afirman que:

La norma impugnada entiende la autonomía progresiva como una forma de limitación del derecho de los padres de educar a sus hijos, a través del retiro de su participación en el desarrollo de la madurez del niño,



niña y adolescente en la medida que ellos mismos lo califican de esta manera y, por tanto, «requieren» menor intervención materna, paterna o de sus cuidadores. La utilización del verbo «requerir» denota una concepción adversarial de la relación educativa. La norma impugnada no busca conciliar el principio de autonomía progresiva con el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos reconocido en el artículo 19, número 10, de la Constitución. Por el contrario, lo infringe, y así lo declarará este tribunal.

La debilidad argumentativa del fallo por mayoría radica, principalmente, en su absoluto desentendimiento de las disposiciones de la Convención, en específico del artículo 5, de la doctrina autorizada a su respecto (las observaciones generales del Comité) y de la literatura especializada sobre derechos de la niñez (Cillero, Couso, Lovera, Cortés, Ravetllat, en doctrina nacional, Eeekelar, Freeman, Doek en la europea). La lectura que ofrece de las disposiciones impugnadas no se hace cargo, en ningún momento, de la forma en que la doctrina lee el artículo 5 de la Convención: que las normas impugnadas buscan operativizar en el ordenamiento interno.

Por eso es difícil tomarlas en serio, porque recurren a frases propias de un ciudadano lego («el hermoso deber de los padres de familia de educar a sus hijos está siendo reducido») y no encuentran soporte en las herramientas de un juez constitucional.

Freeman (2000: 268) ve esto con claridad cuando advierte que,

una teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no solo la igualdad [de dignidad y de derechos], sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes. Para decirlo de otra forma, la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y sobre ellos configuramos su autonomía. Es decir, existe autonomía cuando, primero, les reconocemos el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellos mismos, los niños, quienes deciden cómo ejercer esos derechos.

Lovera (2009: 17) seguía el hilo argumentativo de Freeman y mostraba la inescindible ligazón entre autonomía y derechos al punto que sin ésta nos quedábamos simplemente con un enfoque adultocéntrico:



Conceder titularidad sin autonomía de ejercicio, en otras palabras, nos vuelve a situar en el mismo punto de partida en que nos encontrábamos cuando los derechos no les eran reconocidos a los niños y adolescentes: nos hace correr el riesgo de terminar definiendo los contornos de esos derechos desde el punto de vista de los adultos.

Los alegatos contra la autonomía infantil no son novedosos. Ya Wardle (1996), en un EE. UU. sin Convención, alegaba que los defensores de los derechos de los niños subestimaban el matrimonio y la crianza de los hijos, y sobrevaloraban la capacidad de los derechos de los niños para «hacer las cosas bien». Pero, con Freeman (2000) es posible valorar la importancia de las relaciones y las necesidades, sin menospreciar la relevancia de los derechos como recurso en la estructuración y constricción de las relaciones.

Volviendo a Lovera (2009: 18), él propone dos líneas de límites que permiten encauzar el debate acerca de la autonomía, eludiendo las falacias que se tratan de tejer en derredor: «Ni la sola voluntad del niño decide los asuntos en que se definen sus intereses, ni todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un mismo nivel de desarrollo de su autonomía».

El primero de estos baremos permite comprender la posibilidad de la autoridad de rechazar las opiniones del niño cuando son «manifiestamente irracionales», entendiendo por tales, de acuerdo a Freeman (2006: 272), aquellas que, aceptadas, «socavaría[n] futuras opciones de vida y dañaría[n] intereses de modo irreversible».¹³

Conforme al segundo baremo, Lovera (2009: 19) plantea a la autonomía progresiva como el criterio «que asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados».

De hecho, buena parte de la fundamentación que legitima un estatuto de responsabilidad especial para adolescentes bajo la Ley 20.084, discurre sobre este mismo presupuesto, por lo que no es un elemento desconocido en nuestra cultura jurídica, contrario con lo que el fallo del Tribunal Constitucional reiteradamente insiste.

¹³ Es especialmente notable la forma en que Freeman enlaza la defensa de la autonomía con la teoría de la justicia de Rawls.



Fortalecimiento del rol protector de la familia

Si bien la CDN establece a la familia como un núcleo central en la vida de niños, niñas y adolescentes, la Ley 21.430 refuerza aún más esta idea, indicando que la familia es «el núcleo fundamental de la sociedad y la primera encargada de brindar protección a los niños, niñas y adolescentes, de su cuidado y su educación» y estableciendo así, como deber del Estado, dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento de manera de otorgarle a los padres y/o madres y cuidadores, las herramientas necesarias para el ejercicio de su función.

Es importante destacar que la Ley de Garantía en su artículo 15 establece como principio la protección social, indicando como deber del Estado el «asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para el fortalecimiento de las familias, que consideren el entorno social en el que se desenvuelven, a fin de que estas puedan asumir y ejercer adecuadamente el deber de cuidado y protección de sus hijos». La protección social es fundamental, ya que no son pocos los casos en que se confunde pobreza con vulneración, y sin duda cuando hablamos de fortalecer el rol protector de la familia, los apoyos sociales y económicos son parte de ese fortalecimiento.

El estudio realizado por la Alianza Erradicación de la Pobreza Infantil (2021) dio cuenta de la necesidad de un piso de protección social para el efectivo ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes, y eso implica contar con apoyos diversos la familia, entre estos, los apoyos económicos y sociales.¹⁴ Para la implementación de un piso de protección social sensible a la niñez es clave aspirar hacia una universalización de los servicios básicos y asegurar un ingreso mínimo para todos los hogares con niños, niñas y adolescentes, para así poder garantizar que todos tengan las mismas oportunidades de aprendizaje y desarrollo pleno.

¹⁴ *Nacer y crecer en pobreza y vulnerabilidad. Implicancias y propuestas para Chile.* Disponible en <https://bit.ly/3NGqJRo>.



Capítulo 3

Derechos y garantías

Panorámica del catálogo

Garantías

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998), la obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Esto implica:

El deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica (Gros, 1991: 65 y 66).

El artículo 56 de la Ley 21.430 se refiere a deberes y responsabilidades, pero no se divisan las garantías anunciadas en el título, a menos que se conciba por tales ciertas interpelaciones genéricas a que el Estado provea de determinadas prestaciones.

Lo cierto es que la dogmática constitucional entiende a las garantías, en este contexto, como «un instrumento al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa» (Aldunate, 2008: 62). De ahí que un autor como Díez-Picazo (2003: 69) exprese que la voz garantía,

hace referencia al conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguarda de los derechos fundamentales abarca procedimientos de distinta índole dirigidos a asegurar la observancia y efectividad de los derechos fundamentales.



Además, incluyendo a otro prestigioso autor, Prieto Sanchis (1983: 370) nos advierte que,

cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos.

Nogueira (1997: 158) entiende las garantías como los «medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos asegurados por la Carta Fundamental». Cea (2002: 40), por su parte, luego de plantear tres diversas y graduales acepciones, precisa la última, más técnica, como:

Conceptos y procesos jurídicos, comprendiendo el acceso, simple y directo, a los órganos que ejercen jurisdicción, para que, en un proceso justo o debido, y a través de procedimientos sumarísimos y eficaces, otorguen tutela real [...] al ejercicio legítimo de los derechos esenciales.

Aldunate (2008), citando a Peces Barba, enuncia cinco tipos de garantías: de regulación, de control y fiscalización, de interpretación, de garantías internas al derecho y de garantías judiciales.

Cabe recordar que el mensaje del Ejecutivo explicitaba que se trataba de una ley de garantías, para contraponerla a la expresión, hasta entonces empleada en los proyectos del 2005 y del 2012, de protección integral. Y esto porque se argüía que «los principios y derechos previstos en el proyecto deben estar provistos de medios que contribuyan, en los distintos ámbitos de acción del Estado y de las actuaciones de los particulares, el efectivo ejercicio de sus derechos por parte de los niños» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2022: 6).

Esa grandilocuencia jamás fue acompañada ni de los recursos financieros ni jurídicos que contemplasen esos mecanismos que dotarían de eficacia al catálogo de derechos explicitados.

En contrapunto, un derecho solo constituiría un derecho público subjetivo si:

Aparte de la consagración normativa del respectivo derecho, se consagran sus garantías primarias, esto es, los correlativos deberes o prohibiciones de actuación, y las garantías secundarias, esto es, los órganos



y procedimientos destinados a atacar el incumplimiento de los deberes constitutivos de las garantías primarias (Aldunate, 2008: 64).

Derechos

García de Enterría (1994: 45), comentando el surgimiento de la «lengua de los derechos» en medio del proceso revolucionario francés, afirma que esta lengua de los derechos debe comprenderse «no como una simple aparición de nuevos términos, en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres».

El párrafo 2 del título II regula, entre los artículos 23 a 55, los derechos y garantías del nuevo sistema. El catálogo contiene derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, conforme la tradicional clasificación. Pero también incluye derechos de tercera o cuarta generación, como al medio ambiente.

Es bastante claro que, en materia de derechos políticos, la Ley 21.430 intenta configurar una «ciudadanía constitucional de la infancia» (Lovera, 2009) que abarque más allá de las facultades vinculadas con elecciones, haciendo incapié en el ya examinado principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes por el ejercicio de sus derechos (Cillero, 1997).

Ante la ausencia de derechos de la niñez y adolescencia a nivel constitucional —como ha comenzado a ser frecuente en la región (Lathrop, 2022)— la Ley 21.430 pretende suplir ese déficit con la configuración de una serie de derechos fundamentales, pero a nivel legal.

Aun a nivel de comentario general, el catálogo parece haberse congelado hace unos quince años, ya que no se hace cargo del desarrollo —inorgánico, insuficiente y desordenado— del derecho de la niñez y adolescencia. Es así como salta a la vista de la **tabla 1**, que se tiende a la redundancia y a reiterar lo que ya está regulado, o en la Convención o en leyes especiales, sin agregar alguna disposición significativa. Esto es especialmente notorio en el derecho a la educación.



Tabla 1. Derechos y garantías de la Ley 21.430

| Derecho | Artículo de la Ley 21.430 | Artículo de la CDN |
|--|---------------------------|--------------------|
| Derechos civiles y políticos | 23 | |
| Derecho a la vida | 24 | 6 |
| Derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado | 25 | 27 |
| Derecho a la identidad | 26 | 2 y 8 |
| Derecho a vivir en familia | 27 | 5 y 9 |
| Derecho a ser oído | 28 | 12 |
| Libertad de expresión y comunicación | 29 | 13 |
| Libertad de pensamiento, conciencia y religión | 30 | 14 |
| Libertad de asociación y reunión | 31 | 15 |
| Derecho a la participación | 32 | 12 |
| Derecho a la vida privada y a la protección de datos personales | 33 | 16 |
| Derecho a la honra, intimidad y propia imagen | 34 | 8 y 16 |
| Derecho a la información | 35 | 13 y 17 |
| Derecho a la protección contra la violencia | 36 | 19 y 20 |
| Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil | 37 | 19, 32, 34 y 36 |
| Libertad personal y ambulatoria | 49 | 37 y 40 |
| Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización | 50 | 3, 12 y 40 |
| Derecho a la salud y a los servicios de salud | 38 | 24 |
| Derecho a atención médica de emergencia | 39 | 24 |
| De la información sobre la salud y el consentimiento informado | 40 | 24 |
| Derecho a la educación | 41 | 28 y 29 |
| Derecho a la atención a la diversidad educativa | 42 | 28 y 29 |
| Derecho a la seguridad social | 43 | 26 |
| Derecho a la recreación, al deporte y a la participación en la vida cultural y en las artes | 44 | 31 |
| Medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años | 45 | |
| Protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley | 51 | 3, 20, 37, 39 y 40 |
| Niños, niñas y adolescentes con necesidad de protección internacional | 52 | 35 |
| Derechos novedosos | | |
| Zonas y equipamientos recreativos | 46 | |
| Derechos y deberes en el espacio urbano | 47 | |
| Medio ambiente | 48 | |
| Protección y defensa como consumidores y usuarios | 53 | |
| Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de niños, niñas o adolescentes | 54 | |
| De la publicidad | 55 | |

El listado de derechos tampoco dialoga con la evolución que los derechos de la niñez y adolescencia han tenido en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores. Pasa en salud, donde la tercera sala de la Corte Suprema ha mantenido, desde el 2018, una línea que privilegia el deber del Estado en materia de acceso a medicamentos y tratamientos cuando está en juego la vida de un niño o niña.¹ Algo similar ocurre respecto del derecho a la educación en lo concerniente a la cancelación de matrícula como actividad disciplinaria, donde desde hace más de una década la Corte Suprema ha construido una serie de exigencias que deben cumplirse para tomar ese tipo de decisiones, y que esta ley pasa en silencio.² Otro tanto puede decirse respecto del esfuerzo jurisprudencial de la cuarta sala de la Corte Suprema, que ha considerado que el derecho a ser oído constituye un trámite esencial del procedimiento, cuya omisión configura la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 número 9 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 28 de la Ley 21.430 aprovecha la ocasión de positivizar este estándar.³ Y en justicia juvenil, fue la segunda sala la que el 2012, citando explícitamente las exigencias contenidas en el artículo 40.1 de la Convención de Derechos del Niño y el carácter especialísimo del estatuto de la Ley 20.084, consideró inaplicable a su respecto el registro de huella genética.⁴ Este pudo ser recogido por un legislador atento de salvaguardar los derechos de adolescentes.

Todos esos estándares jurisprudenciales constituyen pisos de derechos más altos que los contenidos en la Ley 21.430, la cual no los incorpora y se entrega a la inseguridad del cambio de interpretación.

Derechos civiles y políticos

Dentro de la categoría de los derechos civiles y políticos, cabe llamar la atención respecto al engrosamiento con que se regula el derecho a la

¹ Emblemáticos en este sentido son los siguientes fallos: Corte Suprema, 4 de febrero de 2019, rol 25.161-2018, Corte Suprema, 29 de diciembre de 2017, rol 43.250-2017 y Corte Suprema, 19 de junio de 2018, rol 8523-2018. Recientemente Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de noviembre de 2022, rol 104.041-2022.

² Solo a modo de ejemplo podemos citar Corte Suprema, 4 de junio de 2019, rol 32.952-2018, Corte Suprema, 4 de marzo de 2020, rol 2729-2020, Corte Suprema, 31 de diciembre de 2020, rol 150.431-2020 (disponible en <https://bit.ly/3NjkG3H>) y Corte Suprema, 6 de enero de 2023, rol 12.750-2022.

³ Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, rol 124-2015.

⁴ Corte Suprema, 18 de abril de 2012, rol 2995-2012.



identidad en el artículo 26, en particular en su inciso segundo, cuando dispone que este derecho comprende «preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género». Esta disposición estatuye un derecho que no contaba con una declaración tan amplia y vigorosa. Con esta nueva potestad, en consonancia con el principio de la autonomía progresiva, en sede educacional, se ven limitadas las facultades de los establecimientos para imponer —sin mayor fundamento pedagógico (el único permitido por los fines de dicha institución)— ciertos estilos de cortes de pelos, por ejemplo. Es entendible que las escuelas quieran regular aspectos disciplinarios que permitan el funcionamiento normal, pero parece bastante claro que no hay relación entre disciplina y pelo corto o largo. Sin embargo, lo que sí hay es una tradición de un cierto estilo de disciplina de modelo militar, un modelo que poco tiene que ver con la mayoría de los valores propios de los sistemas pedagógicos más prestigiosos.

Resulta razonable que algunos alumnos prefieran mantener el corte de pelo dentro de lo que ellos —y no un adulto— definan como parte de su identidad, esto es particularmente relevante en la etapa adolescente donde el proceso de individualización pasa justamente por la configuración de rasgos idiosincráticos que van desde el lenguaje a la apariencia física. Permitir que alumnos y alumnas decidan el largo de su pelo no alterará ningún proceso disciplinario, sino que, cosa distinta, se alineará con las declaraciones sobre reconocimiento a la autonomía progresiva y a la calidad de sujeto de derechos. A esto se suma, como argumento positivo, la forma en que se regulan las limitaciones a las potestades de autoridad educacional en el artículo 41.8:

Las medidas pedagógicas y disciplinarias que puedan adoptarse en conformidad a la ley y los reglamentos, respecto de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la actividad educacional, deberán siempre basarse en un procedimiento que garantice el pleno respeto de sus derechos y ser compatibles con los fines de la educación y con la dignidad del niño, niña o adolescente.

En materia de libertad de asociación, parece que la amplitud de la consagración del derecho debiera conllevar modificaciones a la regulación del título XXXIII del Código Civil que aseguren el ejercicio de este derecho (Ravetllat, 2022). El Comité de Derechos del Niño (2022: nú-



mero 17) ha pedido que Chile «garantice que los niños puedan ejercer el derecho a expresar libremente su opinión y a organizarse con sus compañeros sin ser objeto de un trato violento y derogue la Ley 21.128 (ley aula segura) y su aplicación en las escuelas por parte de los directores».

En el artículo 30 de la Ley 21.430 se regula la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos con una máxima complejidad regulatoria, porque ponen en tensión el derecho preferente de los padres a criar y orientar con la autonomía progresiva.

Dicha tensión y diferencia de posturas puso en riesgo que el grupo de trabajo no alcanzara un acuerdo en la materia y que no se contase con un texto de la Convención (Brems, 2006). La dificultad persiste y el texto del artículo no entrega directrices para superar esa tensión que permanece irresuelta, parece, incluso, que, en caso de conflicto entre adolescente y padres o adultos responsables de su cuidado, deberá recurrirse al listado de criterios del artículo 7 inciso quinto para su elucidación.

Con respecto a la libertad de expresión y de pensamiento, conviene relevar las recomendaciones recientes del Comité de Derechos del Niño (2022: número 17) a Chile:

- a) Vele por que los protocolos, orientaciones y procedimientos relativos a la gestión de las protestas públicas, la detención de niños, el uso excesivo de la fuerza, el acoso y la violencia sexual durante las manifestaciones pacíficas se ajusten a la Convención y por que se aplique en la práctica y en todo momento el derecho de los niños a reunirse pacíficamente.

Derechos económicos, sociales y culturales

El catálogo reitera lo dispuesto en el derecho internacional. La forma en que se regulaba este conjunto de derechos en el mensaje presidencial del 2015 generó un serio impás que lesionó significativamente la tramitación, al incrustar —probablemente por exigencias del Ministerio de Hacienda— catorce veces la frase «disponibilidad presupuestaria» en cada enunciado, atenuando así el deber estatal que acababa de configurarse. El informe financiero del proyecto agravó el problema al no contemplar recursos adicionales (Estrada, 2015c).



Luego del debate se mejoró sustancialmente ese aspecto, y es así como en el artículo 38.3 se señala que, en materia de derecho a la salud, el Estado:

Debe garantizar progresivamente a todos los niños, niñas y adolescentes acceso universal e igualitario a planes, programas y servicios de prevención, promoción, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud. Asimismo, debe asegurarles acceso a servicios médicos y odontológicos periódicos y a servicios de salud mental, adoptando todas las medidas necesarias para su plena efectividad, sea en el sistema público o en el sistema privado de salud.

Conforme expone Pinto (2005: 42), «la naturaleza progresiva de las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales ha conducido a sostener que carecen de justiciabilidad, esto es, que no serían exigibles por la vía judicial». La cuestión ha sido debatida respecto de las normas de derecho internacional —como la Convención Americana de Derechos Humanos—, donde Pinto entiende que esa dura descripción debe matizarse. En el ordenamiento interno, la acción constitucional de protección ha sido el mecanismo que ha permitido la discusión judicial de derechos como la salud y la educación (aunque se le ha debido enlazar con el derecho de propiedad y con la igualdad ante la ley).

En línea con el planteamiento de Pinto, habrá que asumir que el adverbio «progresivamente» que cualifica el deber estatal de garantizar acceso, no puede significar dilación ni olvido como ha ocurrido en otras épocas respecto de deberes estatales. Ese avance paulatino en el tiempo exige, en un Estado democrático de derecho, conocer claramente cuáles son los tiempos de la planificación estatal que permitirán ir accediendo a ciertas prestaciones. En eso la actual política de salud mental infantil identifica brechas, pero es oscura en torno a los planes de mejora (Valenzuela y Estrada, 2022). Sin embargo, como ya hemos señalado, la CDN establece que la adopción de medidas deberá ser «hasta el máximo de los recursos que dispongan», lo que impone al Estado el deber de informar los recursos disponibles.

Además, es preciso anotar que los artículos 39, sobre atención médica de emergencia, y 40, sobre información y consentimiento informado, no contienen ninguna gradualidad y son actualmente exigibles y justiciables.



El Comité (2022: número 29) le dijo muy directamente a Chile que:

- a) Refuerce las iniciativas para garantizar sin demora el acceso a servicios de salud de calidad a todos los niños, incluyendo los servicios de salud mental, sea cual sea la edad del niño, y también a los niños que están en programas residenciales, y facilite datos sobre los resultados derivados de la mejora de la salud mental.
- b) Siga esforzándose por tratar el problema del sobrepeso y la obesidad en los niños y adoptando medidas favorables a la adopción de un modo de vida sano, en particular regulando la comercialización de alimentos poco saludables para los niños, concienciando a la opinión pública sobre cuestiones nutricionales y desarrollando políticas intersectoriales en materia de salud nutricional.
- c) Publique los resultados de la guía para la prevención de conductas suicidas, garantice el acceso a servicios de salud integrales y a la detección precoz, especialmente en las escuelas, y siga apoyando el teléfono de asistencia para la prevención del suicidio que funciona las 24 horas del día.
- d) Proporcione una atención y una reparación adecuadas a los niños expuestos a sustancias nocivas, como el dióxido de azufre.

En cuanto a los artículos 41 y 42, que regulan derechos sobre educación, su principal rasgo es que reiteran, sin agregar nada nuevo, el estatuto contenido en la Ley 20.370. Así también se presenta este rasgo, tanto en el artículo 3 (marco de derecho internacional), en los artículos 4 a 8 (deberes estatales), y en el artículo 10 (derechos de los miembros de la comunidad educativa). Pero, la exigencia de diversidad del artículo 42 ya estaba en la Ley 20.845.

Por otro lado, la prohibición de discriminación de la parte final del artículo 45 inciso tercero, ya estaba en la Ley 19.688.⁵

Derechos novedosos

Ciertos artículos en su conjunto estatuyen cuestiones que carecían de normativas específicas, por ejemplo:

- En materia de derecho del consumidor, los artículos 53, 54 y 55 establecen exigencias mínimas tanto para el Estado y su institucionalidad, como para la sociedad civil y las empresas. Se consagra

⁵ Un análisis más detallado en Mondaca (2022).



así el derecho de la niñez a que los órganos de la administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, velen por la protección y defensa de sus derechos e intereses como consumidores de bienes y usuarios de servicios, públicos y privados, tomando en consideración sus necesidades y características particulares en la interpretación y aplicación de la normativa aplicable. La profesora López (2021) ya había anotado críticamente el déficit regulador del derecho chileno en publicidad y derechos de la niñez.⁶ Sin embargo, el artículo 55 provee de bases para superar esa debilidad.

- En materia medioambiental, el artículo 48 innova al reconocer un derecho, hoy inexistente en nuestro ordenamiento, a vivir en «un medio ambiente saludable y sostenible, a conocerlo y a disfrutar de él» y dispone exigencias para el Estado y sus organismos, entre las que se cuenta la inclusión de esta temática en la Política Nacional de Niñez y en su Plan de acción.
- En materia de ciudades amigables con los niños, Aguilar-Farías y otros (2022) remarcan el que niños, niñas y adolescentes dependen, en gran medida, de las decisiones, opciones y oportunidades a las que están expuestos según el contexto en el que nacen y se desarrollan junto a sus familias, contexto espacial que incide preponderantemente en su bienestar. Los artículos 46 y 47 reconocen el derecho «a desplazarse, disfrutar y desarrollarse socialmente en su entorno urbano, así como a disfrutar de él», y que en la «disposición de los espacios y zonas recreativas públicas debe tomar en consideración la diversidad de necesidades de entretención y de juego, en atención a los grupos de edad de los niños, niñas y adolescentes». Se agrega un deber de participación de la niñez en «el diseño y la configuración de estos espacios».

6 Quizá las excepciones son la Ley 19.814, sobre alcoholes, bebidas alcohólicas y la Ley 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad.



Capítulo 4

Protección integral

Normas de aplicación general

El título III de la protección integral de la Ley de Garantía y Protección Integral se inicia con un párrafo de carácter general en que se introducen una serie de conceptos, aunque no todos se emplearán en el resto del título. El macroartículo 57 nos dice:

La protección integral se desarrolla a partir de una red intersectorial integrada de diferentes medios de acción ejecutados a partir de políticas, planes, programas, servicios, prestaciones, procedimientos y medidas de protección de derechos, realizados por diferentes órganos de la administración del Estado, debidamente coordinados entre sí, así como por actores de la sociedad civil. Compete al Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en coordinación intersectorial con los demás Ministerios y órganos de la administración del Estado pertinentes y, en particular, es ejecutada a nivel nacional, regional y comunal por la Subsecretaría de la Niñez, las Oficinas Locales de la Niñez y los organismos públicos regionales y comunales competentes.

Luego se identifican los ámbitos que comprende la protección integral de carácter universal, entendida como aquella que efectúa el Estado respecto de todo niño, niña o adolescente:

- a) Promoción y defensa de derechos: son acciones destinadas a elevar el respeto de todos los derechos de niños, niñas y adolescentes, garantizar su efectividad, fomentando las condiciones que posibiliten su pleno ejercicio. Se realiza a partir de políticas públicas, generales y especiales, que determinan acciones concretas conforme a criterios de priorización temática, territorial y condiciones de vulnerabilidad, destinadas a niños, niñas y adolescentes, así como a la población general.
- b) Seguimiento y acompañamiento: son acciones destinadas a niños, niñas y adolescentes, familias y comunidades, cuyo objetivo es dar apoyo, protección y acompañamiento con el fin de asegurar las condiciones



que sean necesarias, con pertinencia a cada situación, para lograr el desarrollo integral y equitativo de la niñez y adolescencia. Estas acciones comprenden el levantamiento de alertas para activar procedimientos reforzados y derivaciones. Se sustenta en el sistema de protección social que se rige bajo principios de universalidad, adaptabilidad y enfoque de ciclo vital, y en garantías reforzadas para grupos que se encuentran en una mayor situación de desventaja, exclusión o discriminación.

c) Protección de derechos: son acciones para preservar o restituir el ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes, cuando se hayan detectado amenazas o vulneraciones, ya sea limitando o privando su ejercicio, por acción u omisión del Estado, la sociedad, las familias, los cuidadores o por sí mismos. Su objeto será impedir la situación, reparar las consecuencias y evitar una nueva ocurrencia. La determinación de decisiones y desarrollo del proceso se realizará con estricto respeto del derecho del niño, niña y adolescente a que le sea considerado su interés superior y los otros principios dispuestos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Las medidas de protección de derechos que se dispongan podrán ser administrativas o judiciales, dispuestas por resolución fundada de la autoridad competente.

La protección comprende la preservación y la restitución de derechos, la cual es el conjunto de prestaciones diseñadas, implementadas y ejecutadas para poner fin a las amenazas de vulneración de derechos que afectan a un niño, niña y adolescente y/o para restablecer el goce y ejercicio de los derechos fundamentales afectados como consecuencia de vulneraciones de sus derechos.

La reparación es el conjunto de acciones especializadas diseñadas, implementadas y ejecutadas con el fin de reparar, en los ámbitos físico, emocional, psicológico, social y material, el daño o mal causado a un determinado niño, niña o adolescente, producto de las vulneraciones de derechos sufridas.

3. Protección especial. Dentro de las acciones de protección de derechos se desarrollará la protección especial, la que está destinada a niños, niñas y adolescentes que necesitan de servicios y prestaciones que provean una atención diferenciada y especializada, incorporando acciones de reparación psicosocial y restitución de derechos, cuando éstos se han vistos amenazados o vulnerados.

La protección especial podrá ser administrativa o judicial, de acuerdo con las funciones y competencias señaladas en la presente ley.



El artículo 59 es muy relevante porque, aunque inserto en un título fundamentalmente orientado a la regulación de la protección administrativa, tiene un alcance que incluye a la protección jurisdiccional al disponer que:

Toda medida administrativa o judicial de protección de los derechos del niño, niña o adolescente deberá:

a) Adoptarse fundadamente en un procedimiento que contemple las garantías del debido proceso pertinentes a su ámbito de aplicación, con celeridad y especial diligencia.

b) Determinarse solo cuando ella sea necesaria y proporcional, se oriente hacia la satisfacción integral y óptima de los derechos del niño, niña o adolescente amenazados o afectados, considerando su contexto familiar y comunitario.

c) Establecerse por el tiempo necesario que asegure la protección del niño, niña o adolescente y garantizar su revisión periódica por la autoridad que la haya decretado.

d) Adoptarse solo una vez que se haya oído al niño, niña o adolescente a quien pudiere afectar, en el caso que corresponda, atendiendo a su desarrollo y madurez, y a sus padres, madres, representantes o personas que lo tengan bajo su cuidado.

e) Revocarse o sustituirse, según sea el caso, si cambian las circunstancias que motivaron su adopción.

f) Renovarse solo si persisten las circunstancias que motivaron su adopción y existen antecedentes de que la actuación ha resultado idónea para cumplir los fines que se tuvieron en cuenta al momento de imponerse.

Deberes de la administración del Estado

El artículo 61 contempla un deber genérico de los órganos del Estado de,

proveer los servicios sociales y los servicios de protección especializados que correspondan para garantizar la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio chileno, sin distinción, en forma oportuna y eficaz.

El artículo 62 contiene el deber de inexcusabilidad, el que se frasea de modo similar al jurisdiccional: «Requerido un órgano de la administración del Estado para que intervenga ante situaciones de riesgo, amenaza o vulneración de derechos de niños, niñas o adolescentes, no podrá ex-



cusarse de conocer y pronunciarse sobre el requerimiento». Luego instruye sobre cómo ha de proceder la autoridad cuando el requerimiento no versa sobre materias de su competencia.

En el artículo 63 se estatuye un deber de denuncia. Es deseable diferenciar los distintos procedimientos, ya que en materia proteccional se emplea el término requerimiento (artículo 70 de la Ley 19.968), y es preferible unificar el vocabulario en torno a esta expresión de modo de reservar denuncia para la comunicación al sistema penal. Esto, lejos de ser un academicismo, resulta una clarificación necesaria ante la confusión que experimentan los operadores locales de protección.

El artículo abarca tanto a funcionarios públicos, como a los denominados agentes públicos, es decir, «aquellos que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, así como toda persona natural o jurídica que desempeñe la función pública a que se refiere el artículo 3 de la Ley 20.032».

El deber consiste en «poner en conocimiento de las instituciones competentes, especialmente de las contempladas en el título IV, toda situación que pueda ser constitutiva de afectación o amenaza de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, o de su vulneración». El problema de este enunciado es que no identifica adecuadamente ni las situaciones ni la institución a la que hay que comunicarle. La norma, por lo tanto, exige un proceso interpretativo que no se ajusta a la amplitud de la situación que está pretendiendo regular.

Para enmarcar más, en el siguiente inciso se regula la denuncia penal que ya está estatuida en el artículo 175 del Código Procesal Penal:

Todo funcionario o agente público, en especial los pertenecientes a las Oficinas Locales de la Niñez y a los colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, tienen la obligación de denunciar, dentro del plazo de veinticuatro horas, ante los órganos competentes, la comisión de hechos que puedan revestir el carácter de delito en contra de un niño, niña o adolescente.

Se podría valorizar mejor al reforzar la idea del artículo 175 de que el sujeto obligado es amplio, y corregir así el error contenido en las circulares 5 y 6 del antiguo Sename, declarado como un deber que solo recae sobre el director del centro o programa.

A continuación, el artículo 64 de la Ley 21.430 desarrolla el necesario deber de reserva y confidencialidad disponiendo que,



organismos, entidades e instituciones públicas y privadas actuarán con la obligada reserva en el ámbito de la atención y protección a la infancia y la adolescencia, adoptando las medidas oportunas para garantizar la efectividad de su derecho a la vida privada, a la honra y propia imagen en el tratamiento confidencial de la información con la que cuenten y de los registros en los que conste dicha información.

Este primer inciso, al remitirse a instituciones, empobrece el deber que siempre debe recaer, en primer lugar, en personas. En el inciso segundo se establece el deber de las personas en los siguientes términos:

El mismo deber de reserva se hará extensivo a las autoridades y personas que, por su profesión o función, conozcan de casos en los que exista o pudiere existir una situación de amenaza o de vulneración, o que tengan acceso a la información citada en el inciso anterior, quienes deberán abstenerse de utilizar dicha información con una finalidad distinta de las funciones legales que les corresponda desempeñar o utilizarla en beneficio propio o de terceros.

El enunciado es problemático, aunque deberá ser interpretado a la luz de los fines de protección de derechos, en cuanto puede colisionar con deberes profesionales de medios de comunicación o de investigadores académicos, ya que no se ha regulado adecuadamente el contenido que debe ser resguardado y pareciera que se extiende a cualquier información relacionada con el caso. Pero recordemos que el Código Penal en su artículo 247 contiene una norma que sanciona la violación del secreto profesional. Bascuñan Rodríguez (2011) señala al respecto que el Código Penal «sistematiza a la revelación de secretos del cliente por parte del abogado (artículo 231) y a la revelación de secretos por parte de un profesional (artículo 247 inciso segundo) como delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (título V del libro segundo), es decir, en principio como atentados contra un interés colectivo».

El inciso tercero complejiza aún más al indicar que la reserva sobre los registros jurídicos, médicos y escolares de los niños, niñas y adolescentes, cede ante requerimiento judicial, pero nada dispone como deber del órgano judicial el resguardar la confidencialidad de los registros. En un recurso de protección interpuesto en 2019 contra la residencia familiar de Coyhaique, datos sensibles provenientes de Carabineros, educación, salud y el tribunal de familia, quedaron disponibles en la web



del Poder Judicial pese a la solicitud reiterada del abogado de los niños de resguardar la información sensible. Los datos que se entregan al jurisdicente para que este los conozca no quedan desafectados del deber de confidencialidad, sino que, al contrario, se extiende. Sin embargo, la norma del artículo 64 no parece entender bien esto ni los problemas que se pueden generar.

Oficinas Locales de la Niñez

El sistema de garantías a nivel local tiene en las Oficinas Locales de la Niñez (OLN) a su actor principal. El legislador se refiere a estas en cerca de 56 oportunidades. Conforme al artículo 57 las OLN son uno de los medios a través de los cuales se ejecuta la protección integral de niño, niñas y adolescentes, a partir de una red intersectorial, regional y comunal, junto a los organismos públicos regionales y comunales competentes, estando la Subsecretaría de la Niñez a cargo del nivel nacional y de la supervigilancia de las Oficinas Locales de la Niñez.

Luego, el artículo 63 inciso cuarto indica que las OLN deben contar «con espacios adecuados que aseguren la confidencialidad pertinente, para que cualquier persona, niño, niña o adolescente pueda denunciar los hechos referidos en el inciso primero».

El artículo 65 párrafo 3 del título III, destinado a las oficinas, señala que es deber del Ministerio de Desarrollo Social y Familia establecer Oficinas Locales de la Niñez «con competencia en una comuna o agrupación de comunas, a lo largo de todo el territorio nacional». E indica como finalidad de estas unidades el estar a cargo de «la protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de la promoción de los mismos, la prevención de vulneraciones y la protección de sus derechos, tanto de carácter universal como especializada, mediante acciones de carácter administrativo». De este modo serían tres las acciones que caen dentro de su campo de atribuciones y se refieren a la promoción de derechos, la prevención de vulneraciones y la protección de derechos. Su coordinación y supervisión corresponde al Ministerio de Desarrollo Social y Familia a través de la Subsecretaría de la Niñez.

El establecimiento de las OLN se hará mediante decretos supremos expedidos a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y suscritos además por el Ministerio de Hacienda, este último quien establecerá además la competencia territorial.

Para lo anterior, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia podrá celebrar convenios con una o más municipalidades para desarrollar las funciones de las Oficinas Locales de la Niñez. Estas tendrán un coordinador local y un equipo multidisciplinario con gestores de casos y su personal dependerá administrativamente de la municipalidad correspondiente, y funcionalmente de la Subsecretaría de la Niñez.

Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, suscrito por el Ministerio de Hacienda y propuesto por la Subsecretaría de la Niñez, determinará la normativa técnica y metodológica que deban cumplir las Oficinas Locales de la Niñez y las demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento.

El macroartículo 66 describe las funciones de las Oficinas Locales de la Niñez:

a) Orientar a niños, niñas y adolescentes, y sus familias, en el ejercicio de sus derechos.

b) Fortalecer e impulsar la participación de niños, niñas y adolescentes, sus familias, comunidades y la sociedad civil en materias relacionadas con la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para esto se constituirán Consejos Consultivos Comunales, compuestos por niños, niñas y adolescentes, los que deberán sesionar periódicamente.

c) Detectar oportunamente riesgos de vulneraciones de derechos de un niño, niña o adolescente, teniendo en consideración los factores de riesgo y factores protectores de este, su familia y su entorno.

Esto se hará a través de un instrumento de focalización para la prevención y detección oportuna de riesgos de vulneraciones de derechos, que será definido a través de un reglamento del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, suscrito también por el ministro de Hacienda y por medio de la entrega de su oferta.

La definición, administración, coordinación y tratamiento de los datos personales del referido instrumento de focalización, se realizará a través de la Subsecretaría de Evaluación Social.

d) Iniciar y gestionar los procesos de protección administrativa universal y/o especializada de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, destinados a adoptar las medidas de protección consignadas en la Ley 21.430. Puede ser de oficio o a petición del niño, niña o adolescente, sus padres y/o madres, sus representantes legales o quien lo tenga legal-

mente a su cuidado, o de cualquier persona interesada en el respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes; de conformidad con el procedimiento de protección administrativa establecido en el artículo 72. Si se trata de procesos de protección universal, se actuará de acuerdo a lo dispuesto en las letras e) y g) de esta misma disposición. Y si se tratase de procesos de protección especializada, se atenderá a lo dispuesto en las letras f) y g) de este artículo.

e) Realizar los procesos de protección administrativa universal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21.430 sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante la detección de riesgos de vulneración de cualquiera de estos. La Oficina Local de la Niñez recepcionará los antecedentes y realizará un diagnóstico biopsicosocial del niño, niña o adolescente y su familia. El coordinador de la Oficina Local adoptará la o las medidas de protección administrativa que correspondan, conforme a los resultados del mencionado diagnóstico, y elaborará un plan de intervención personalizado con el niño, niña o adolescente y su familia, si correspondiese.

Luego, se debe regular la forma de construcción del plan de intervención. Esto será sugerido por el gestor de casos y se consignará en un acuerdo celebrado con el niño, niña o adolescente y su familia, quienes, voluntariamente, se comprometerán con su cumplimiento. El plan se construirá en forma coparticipativa, en base a los procedimientos establecidos en los reglamentos a los que se refiere la letra g) del artículo 66. Estos procedimientos deben respetar y resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y observar las garantías de un debido proceso.

Adoptado el acuerdo, la Oficina Local de la Niñez dará inicio a la implementación de la o las medidas de protección administrativa, derivando a los niños, niñas y adolescentes y sus familias a los órganos competentes, en concordancia con el plan de intervención y el acuerdo, mencionados en el inciso precedente, a fin de que puedan acceder a las prestaciones sociales necesarias para el debido resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De esta forma se actúa de manera coordinada con dichos órganos, quienes estarán obligados a ejecutar las acciones debidas en el tiempo y forma establecidos en los instrumentos públicos antes referidos, y a enviar a la OLN los informes de resultados de las intervenciones solicitadas.

En los casos en los que los padres, madres o personas responsables de su cuidado, o cualquier otra persona, impidan la ejecución de la medida acordada o la incumplan de modo grave o de manera reiterada e injustificada, la Oficina Local de la Niñez evaluará la procedencia de la comunicación de ello al tribunal de familia competente, atendiendo al interés superior del niño, niña o adolescente y fundamentando su decisión. El tribunal, por su parte, podrá ordenar los apremios pertinentes para su cumplimiento forzado, devolviendo el caso a la Oficina Local de la Niñez o, en su caso, de estimar que se puede proceder con alguna de las medidas de protección de su exclusiva competencia, retendrá el asunto e iniciará un procedimiento de adopción de medidas de protección, notificando la decisión a la Oficina Local de la Niñez.

No se señalan cuáles serían estos apremios posibles ni mecanismos de impugnación específicos, ni tampoco un deber de resolver en audiencia esta materia tan sensible como lo es la afectación de derechos fundamentales.

f) Realizar los procesos de protección administrativa especializada referidos en la Ley 21.430, respecto de niños, niñas o adolescentes que se encontrasen vulnerados en uno o más de sus derechos.

Si la Oficina Local de la Niñez realiza el diagnóstico biopsicosocial del niño, niña o adolescente y su familia, y resultase en una sospecha de que este se encuentra vulnerado en uno o más de sus derechos, se lo derivará al programa de diagnóstico clínico especializado del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia más cercano a su domicilio, previa coordinación con la Dirección Regional que corresponda de dicho Servicio, a fin de confirmar o descartar la vulneración.

En el caso de que el diagnóstico clínico especializado constatare una vulneración de derechos, la Oficina Local de la Niñez iniciará un proceso de protección administrativa especializada, elaborará un plan de intervención personalizado con el niño, niña o adolescente y su familia (en el caso de), de acuerdo con los resultados del mencionado diagnóstico, y además, el coordinador de la Oficina Local adoptará la o las medidas de protección administrativa que correspondan.

Decidido el plan de intervención, la Oficina Local de la Niñez dará inicio a la implementación de la o las medidas de protección administrativa y coordinará su ejecución, derivando a los programas ambulatorios del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adoles-

cencia al cual los niños, niñas y adolescentes, y/o sus familias, requieran acceder, conforme al plan de intervención elaborado para estos fines.

En caso de que el niño, niña o adolescente, y/o su familia, no cumplan con el plan de intervención y no se adhieran al programa de diagnóstico especializado, o al programa de intervención del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia al que la Oficina Local de la Niñez lo haya derivado en virtud del diagnóstico realizado, la Oficina Local de la Niñez deberá poner en conocimiento de aquello, inmediatamente, al tribunal de familia competente y al órgano administrativo que corresponda, de acuerdo con lo prescrito en el cuarto párrafo de la letra e) de este artículo.

Las municipalidades podrán acreditarse como colaboradores del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, para así poder postular a la licitación de los programas de la línea de acción de diagnóstico clínico especializado, pericia y seguimiento de casos. Del uso de la expresión «podrán acreditarse», se colige que las municipalidades no poseen *per se* esta calidad y deben postular al igual que los demás organismos colaboradores, y también deben cumplir con el requisito contenido en el artículo 35 inciso tercero de la Ley 21.302 sobre poseer e implementar un modelo de prevención de delitos.

g) Realizar el seguimiento y monitoreo de las medidas de protección de su competencia, y de los planes de intervención contenidos en ellas.

Se refiere a aquellos contenidos en las letras e) y f) precedentes, así como también de la situación vital de los egresados de los programas de protección especializada del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, cualquiera sea su denominación legal. Ello, sin perjuicio del seguimiento que el mencionado Servicio debe realizar de los procesos de protección especializada que ejecuta. En base al seguimiento de cada caso, el coordinador de la Oficina Local de la Niñez podrá decidir, fundadamente, el cese, continuidad o modificación de las medidas de protección administrativas que hayan sido adoptadas.

Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en un plazo de doce meses desde la publicación de la presente Ley, determinará detalladamente los procedimientos que las Oficinas Locales de la Niñez deberán seguir en el cumplimiento de sus funciones, y en particular, el procedimiento para la apertura de procesos de protección administrativa, para la adopción de medidas de protección y para la derivación de casos a los tribunales de familia de acuerdo con lo

dispuesto en los artículos 71 y 72. Por lo demás, en todo caso, se deberán respetar las garantías de un debido proceso y todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

h) Llevar un registro único de los niños, niñas y adolescentes, y sus familias, que hayan sido sujetos de protección administrativa tanto universal como especializada. Dicho registro se llevará a través del Sistema de Información de Protección Integral, el que será administrado por la Subsecretaría de Evaluación Social del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, del que deberá recibir información y proveerla cuando ello sea necesario y procedente.

i) Articular la oferta dirigida a niños, niñas y adolescentes. Especialmente la oferta de los servicios sociales vinculados al Subsistema de Protección Integral de la Infancia «Chile Crece Contigo» y la oferta del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, a través de redes intersectoriales a nivel comunal, regional y nacional, procurando el acceso de los niños, niñas y adolescentes a la oferta social disponible y a los programas de protección especializados que se requieran.

En caso de detectar necesidades de programas o servicios para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en su territorio, o para su protección especializada, la Oficina Local de la Niñez deberá informar al secretario regional ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia correspondiente, quien, a su vez, anualmente tendrá que comunicar de esta situación al Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez y a la Subsecretaría de Evaluación Social, con el objetivo de analizar la pertinencia de una posible ampliación de la oferta o de una nueva oferta en el territorio.

Para llevar a cabo esta función, existirán mesas de articulación interinstitucional a nivel nacional, regional y comunal, en la que participarán todos los órganos del Estado competentes, dentro de ellos, el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, que tengan por objeto resguardar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Dichas mesas serán lideradas por la Subsecretaría de la Niñez, las Secretarías Regionales Ministeriales de Desarrollo Social y Familia y las Oficinas Locales de la Niñez, respectivamente. Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia determinará la integración y funcionamiento de dichas mesas. Estas

funcionarán de manera paralela y complementaria a las Comisiones Coordinadoras establecidas en el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, y los asuntos conocidos en las Comisiones que no fueren decididos, serán planteados en estas mesas para su resolución.

Procedimiento de protección administrativa

El procedimiento de protección administrativa se regula, principalmente, en el título III de la Ley 21.430 en los artículos 58 a 74, con especial foco en el procedimiento mismo establecido en el artículo 72. El título III, «De la protección integral», se estructura en cuatro párrafos:

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

El macroartículo 57 contiene una serie de definiciones de carácter conceptual, más que normativo u operativo de momento, que luego no son empleadas en el resto del articulado para distribuir competencias o encuadrar funciones. Y así es como definen «medios de acción», «ámbitos de acción» (donde a su vez conceptualiza «promoción y defensa de derechos»), «seguimiento y acompañamiento», «protección de derechos» y «reparación». Adicionalmente, también define «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 artículo 57, queda claro que en el numeral 4 se está 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 «dic-



tación de medidas», sino que de un procedimiento para concordar medidas. Pero, dictar implica un acto de autoridad y el ejercicio de un cierto imperio, y si siempre se 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 esto se legitima la sobreintervención, 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».

Por su parte, a la Subsecretaría de la Niñez se le encarga la «supervigilancia del trabajo de las Oficinas Locales de la Niñez», y llama la atención que se altere la nomenclatura que se ha empleado en la Ley 21.302 respecto al rol que la Subsecretaría de la Niñez tiene en relación a la fiscalización del Servicio de Protección Especializada, establecido en el artículo 1 de esta misma ley.¹ El uso de una expresión de menor vigor potestativo debe procurar ser subsanado, y 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 faculten la actividad inspectora fiscalizadora de la Subsecretaría.

El artículo 58 reitera el carácter redundante de enunciados normativos que ya hemos visto en otras disposiciones al establecer que en «todos los procesos de protección de derechos, sean de carácter administrativo o judicial, así como en las decisiones que con ese fin adopten autoridades o funcionarios públicos, o privados que ejerzan funciones públicas», se respetarán los principios enunciados en el párrafo 2 de esta ley, además de los establecidos en la Ley 21.302 y los de la Ley 21.527, que crea el nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

La redacción no es adecuada al quedar formulada tan ampliamente y sin distinciones. Así, pareciera que un director de colegio deberá, como aplicador de algún procedimiento de resguardo de derechos, respetar los veinte principios del Servicio de Protección Especializada y los del

¹ Adicionalmente, en el artículo 6 letra h) de la Ley 21.302 se habla de «supervisión y fiscalización».



Servicio de Reinserción Social Juvenil, lo que no resulta lógico y, todo lo contrario, parece desmedido y fuera de lugar. Esto debió haberse añadido con alguna frase que delimitase los ámbitos de aplicación de los respectivos principios. Aunque, claro, eso ya se dice en las respectivas construcciones normativas, lo que muestra la inutilidad de este artículo.

El artículo 59, bajo el enunciado de «reglas generales», contiene enunciados normativos que más bien son principios para la actuación en el marco del procedimiento de protección administrativa. Estos principios o reglas generales, quedan formulados muy genéricamente y algunos aparecen desprovistos de operatividad al no contar con una política pública que haga posible su puesta en marcha y exigibilidad. Así ocurre, sin ir más lejos, con la compleja norma de la letra a) que habla del resguardo de las «garantías del debido proceso».

Como la dogmática y la jurisprudencia nacional —tanto del Tribunal Constitucional² como de la Corte Suprema— han señalado, un elemento integrante del debido proceso es el derecho a una defensa letrada (García y Contreras, 2013). En principio, esto queda cubierto —y esta norma es nuevamente redundante— por el artículo 50 que dispone, entre otros desarrollos del derecho de niños y niñas al debido proceso, su derecho a:

Una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo su cuidado, en caso de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos.

Sin embargo, ni en el artículo 50 ni en esta norma se estatuye quién es el actor estatal responsable de garantizar este derecho. Esto se agrava si consideramos que el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo al parlamento, el cual crea el Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y la Defensoría de Víctimas de Delitos³ explícitamente en su artículo 21, indica que, tratándose,

de niños, niñas, y adolescentes, la defensa y representación jurídica especializada e interdisciplinaria, se otorgará preferentemente a aquellos que se encuentren bajo alguna medida de protección decretada judicialmente, siempre que no se encuentren en la situación señalada en el inciso final del artículo 4.

² Rol 621, de 29 de mayo de 2007, considerando 6.

³ Boletín 13991-07.

El 15 de junio del 2023 el Ejecutivo introdujo indicaciones sustitutivas a diversos preceptos de este proyecto, dejando inalterable las insuficiencias del comentado artículo 21.

La letra d) del artículo 59 también es problemática por la forma en que instala, como exigencia previa, que toda medida administrativa o judicial de protección de los derechos del niño, niña o adolescente deberá adoptarse solo una vez que se haya oído al niño, niña o adolescente, pero desconociendo que este es un derecho y no una carga que recaerá sobre él. Sería necesaria una interpretación que haga un hincapié más claro de esto en el artículo 12 de la Convención, para evitar lecturas que objetualicen al niño so pretexto de escucharlo.

El artículo 60 establece una innovadora «acción de tutela administrativa» que reconoce un amplio concepto de sujeto activo en la expresión «todo 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 artículo 12, que pueda accionarse colectivamente sin mayores exigencias burocráticas. Sin embargo, su forma de configuración entraña dificultades conceptuales y operativas. Por lo que, concordamos con Henríquez (2022) cuando sostiene que no es posible calificar de acción a un mecanismo de petición a la autoridad, y que no tiene nada que ver con un medio de hacer exigibles derechos ante la jurisdicción.

Luego, la formulación tan amplia pareciera que abarcara todo el catálogo de derechos de la Ley 21.430 pero, al quedar circunscrito su conocimiento a una unidad instalada en el seno municipal, no se entiende cómo esa autoridad sin un mandato legal explícito va 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 establecen 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.

El 18 de enero del 2023 se publicó en el Diario Oficial el reglamento de esta acción.⁴ Lo que el reglamento dispone en su artículo 5 es que

4 Decreto número 11, aprueba reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley 21.430.

la secretaria regional ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, funcionan como ventanillas de entrada pero luego deben remitir la denuncia a la Oficina Local de la Niñez competente, que es el órgano a cargo de su tramitación.

El reenvío del inciso final de la regulación al reglamento es de una gruesa amplitud, y parece no comprender que cuestiones que tengan una función de cautela no pueden regularse reglamentariamente, en virtud de los derechos fundamentales que se pueden afectar,⁵ lo que constituye un coto vedado para la potestad reglamentaria.

El segundo párrafo establece los deberes de la administración del Estado en los artículos 61 a 64. El párrafo 3, en los artículos 65 a 67, posiciona a las Oficinas Locales de la Niñez como principal actor responsable de la protección administrativa. Y, finalmente, el párrafo 4 contiene la normativa sobre las medidas de protección administrativas en los artículos 68 a 74:

- Artículo 68: Medidas de protección administrativa.
- Artículo 69: Legalidad de las medidas de protección.
- Artículo 70: Órganos competentes para la adopción de medidas de protección y medidas ante el incumplimiento de las medidas administrativas.
- Artículo 71: Derivación de casos entre sedes administrativa y judicial.
- Artículo 72: Procedimiento de protección administrativa.
- Artículo 73: Revisión de medidas.
- Artículo 74: Acción de reclamación por ilegalidad.

Resulta sorprendente la enmarañada redacción regulatoria que no sigue una ordenación cronológica —en términos del *iter* procesal como en Estrada (2018b)— o una que esté relacionada a temáticas.

El artículo 68 resulta ser un equivalente al artículo 30 de la Ley de Menores y al artículo 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 «máximo de veinticuatro horas siguientes al conocimiento del caso» en

⁵ Carácter que Nuñez (2010) logra argumentar con solidez respecto de las medidas de protección jurisdiccionales.



casos de urgencia. Es evidente que algunas medidas pueden ser necesarias de adoptar de inmediato o de forma muy próxima al inicio del procedimiento, pero nada de esto se disciplina.

El artículo 72 desarrolla el procedimiento de protección administrativa (**figura 1**) y, a través de una confusa redacción, indica que el procedimiento debe cumplir con una serie de requisitos, los que pasa a enunciar en 11 numerales.

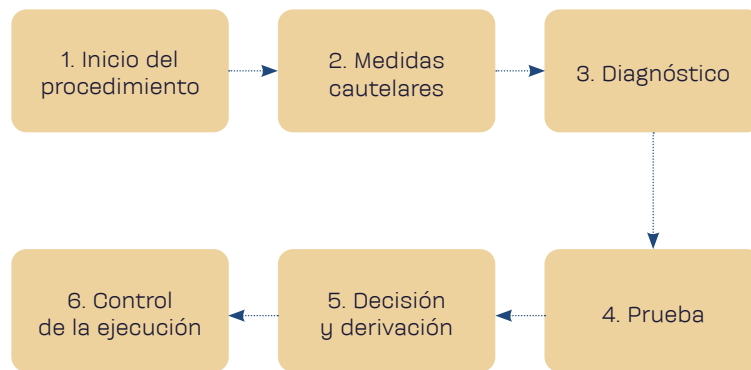


Figura 1. Fases del procedimiento.

Los numerales 1 y 2 se refieren al inicio y construyen una puerta de entrada amplia, sin formalidades. El problema es que lo anterior, correcto y necesario cuando el requirente es el niño, niña o sus padres, no lo es cuando se trata de un requerimiento institucional al que debió exigírsele más información y antecedentes. Aunque el sistema actual carece de información desagregada sobre el inicio, varios estudios recientes en que los autores han participado permiten observar un predominio de requerimientos institucionales al comienzo del procedimiento.

El numeral 3 instruye un examen de admisibilidad al permitir un análisis de procedencia, aunque no contiene criterios para este examen. Estos criterios tendrán que ser construidos sistémicamente desde los principios y objetivos del sistema, y considerando la distribución de competencias entre OLN y tribunales.

En el número 4 se dispone que la Oficina Local de la Niñez debe recabar «todos los antecedentes iniciales» sin exigir entrevista a padres o niños, o el escrutinio de antecedentes en el sistema ni la notificación a los padres de que se ha iniciado un procedimiento a su respecto. Esto último es particularmente complejo dada la naturaleza evidentemente intrusiva de estas acciones en el derecho preferente de padres a criar y educar. Es por esto que lo anterior deberá ser corregido vía reglamento,

integrando los deberes de resguardo del debido proceso explicitados en el artículo 50.

Adicionalmente, tampoco se contienen reglas de entrega de facultades a la Oficina Local de la Niñez para acceder a antecedentes que constituyan datos sensibles de niños, niñas y padres. En consecuencia, no podrían acceder a la información que el Servicio Nacional de Protección Especializada tiene de estas personas sin su autorización, lo que visto desde otra perspectiva (la del tomador de decisiones) puede ser considerado una traba. Pero, luego de recopilada la información, la OLN debe ponderar «si hay mérito para la adopción de una medida de protección administrativa».

El numeral 5 intenta articular un derecho a la asistencia jurídica en la medida que permite al niño designar abogado de confianza o requerir la designación de uno. Sin embargo, no alcanza a imponer a la autoridad administrativa el deber de resguardar este derecho designando, que, en principio, debe ser un abogado a cargo de la representación jurídica en el caso que se decida iniciar un procedimiento o imponer determinadas medidas. En cambio, sí parece valioso que, en la línea con el ejercicio adecuado del derecho a ser escuchado, se le permita al niño ser acompañado por quien desee.

El numeral 6 introduce la expresión «diagnóstico» para referirse a la primera etapa del procedimiento, pero no es claro si se refiere a la recopilación inicial de antecedentes de la que se habla en el numeral 4, o si en cambio, está hablando de un segundo momento de evaluación que se inicia luego. Por lo demás, tampoco es claro si hablar de diagnóstico implica la entrada a escena de los programas de diagnóstico del Servicio de Protección. No es claro, además, en establecer cuánto dura este tiempo, ni los requisitos que debe cumplir ni si se permite al niño, niña o a sus padres aportar antecedentes o cuestionar los que se han entregado. Tampoco se impone el deber de compartirles los antecedentes que obran en poder de la Oficina Local de la Niñez.

El numeral luego discurre por la idea de una salida consensuada del procedimiento a través de un acuerdo, el que debe incorporar determinados contenidos, pero no se exige ningún requisito procedimental. ¿Hay algún deber de información previa al consentimiento? ¿Deben estar los dos padres o cuidadores de acuerdo, o basta uno? ¿Qué pasa si el niño no está de acuerdo y los padres sí? Nada de esto encuentra repuesta en el numeral y esta vez, por el alcance de las materias, no pa-



rece que el reglamento pueda responderlas subsanando las omisiones del legislador.

El numeral 7 vuelve a regular el inicio del procedimiento en tres párrafos. Exige citar a los interesados, pero no enumera un listado o entrega criterios de quiénes son estos. Tampoco regula el sistema a seguir para citarlos, un elemento que suele ser tremendamente problemático en el procedimiento judicial.

Prosigue la confusión terminológica cuando afirma que «en el proceso de evaluación se determinará el diagnóstico». Y luego faculta a los «intervinientes» para «exponer por escrito u oralmente lo que estimen pertinente, antes de la sesión o en la misma instancia, acompañando todos los antecedentes que sean necesarios en apoyo de sus argumentos», pero no se han impuesto deberes de transparencia o *disclosure* a la administración.

Luego, los párrafos 2 y 3 del numeral 7 configuran verdaderas sanciones para quienes no asisten. Esto es realmente grave por cuanto no exige nada a la administración y todo a los padres, pero no se ha dicho nada respecto al derecho de los padres a asistencia jurídica. Aunque la inasistencia podría ser justificada, aun así la ley se desentiende de este carácter y faculta a la OLN para tomar decisiones, e incluso para derivar el caso a los tribunales de familia.

No debiera ser necesario recordarlo porque es obvio y ya lo hemos sostenido en diversos lugares —delante de los miembros del Acuerdo Nacional por la Infancia, por ejemplo—, pero los horarios de funcionamiento tradicionales del sistema proteccional son los mismos en los que los ciudadanos del mundo popular deben estar en sus trabajos, so riesgo de ser despedidos si faltan, aunque sea por algo lícito. Así, nuevamente no se regula el mecanismo de notificación y se habla de «el medio más idóneo», ¿más idóneo para quién?, ¿para el niño o niña?, ¿para sus padres? Lo más probable es que sea para la Oficina Local de la Niñez.

Lo otro extremadamente grave es que, si no se alcanza un acuerdo, el caso debe enviarse a los tribunales de familia. Esto constituye una presión inaceptable para una familia, por lo que la administración debiera contar con atribuciones de derivación sin esta manipulación. Además, puede justamente ser necesario una serie de encuentros para conseguir esa voluntariedad. Ese puede ser el primer objetivo de la intervención, la construcción conjunta del problema por parte de todos los actores del sistema.



La evaluación que debe desarrollar la OLN «en atención al interés superior del niño, niña o adolescente» acerca de la necesidad de derivar el caso a tribunales de familia, no cuenta con criterios orientadores ni exigencias a la administración. Recién al final del numeral se introduce la eventual necesidad de adoptar de forma «urgente» una medida de protección administrativa, pero nuevamente no se entregan lineamientos para ello, ni límites, ni presupuestos, ni exigencias específicas de fundamentación. Habrá que construir un conjunto de exigencias desde los principios generales del derecho administrativo, y de los principios y derechos enunciados en el título II de la Ley 21.430, pero en especial desde el artículo 7.

El numeral 8 impone una duración máxima de treinta días para el procedimiento (habrá que interpretar que son días hábiles), un plazo que parece extremadamente breve.

En este punto debemos recordar lo preceptuado —con gran desorden— en el artículo 66 letra f), allí se regulan dos tipos diferentes de diagnósticos. Uno, biopsicosocial del niño, niña o adolescente y su familia, a cargo de la Oficina Local de la Niñez, que puede dar lugar a otro diagnóstico. Otro, más profundizado, suponemos, a cargo del programa de diagnóstico clínico especializado del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia más cercano a su domicilio. Solo si este «diagnóstico clínico especializado» constata una vulneración de derechos,

la Oficina Local de la Niñez iniciará un proceso de protección administrativa especializado, elaborará un plan de intervención personalizado con el niño, niña o adolescente y su familia, si fuere del caso, de acuerdo con los resultados del mencionado diagnóstico, y el coordinador de la Oficina Local adoptará la o las medidas de protección administrativa que correspondan.

Para todo esto treinta días parece un plazo muy reducido que se basa en una profunda y amplia incompreensión de los procesos de diagnóstico, acompañamiento e intervención.

Nótese que la regulación del artículo 66, a diferencia del artículo 72, entrega la constatación de la vulneración de derechos al programa de diagnóstico clínico especializado, con lo que el rol de la Oficina Local de la Niñez se ve reducido a obtener el acuerdo de los intervinientes y a elaborar el plan de intervención, pero no parece contar con facultades



para contradecir el dictamen del programa de diagnóstico. Esto se complejiza si consideramos que, si la OLN no logra acuerdo de intervinientes y decide —luego de ponderar ante sí el interés superior del niño o niña— derivar el caso a la justicia de familia adjuntando el diagnóstico, el juez de familia puede, en uso de sus inmodificadas facultades legales, desechar dicho diagnóstico y apreciar que no existe vulneración pues no se encuentra vinculado por ningún dictamen.

En el numeral 9 se exige revisión de la medida cada tres meses y en el numeral 10 se establece que el desistimiento de quien inició el procedimiento es irrelevante para su desarrollo.

Finalmente, y muy en línea con la mirada que ya ha marcado el artículo respecto de las familias, el numeral 11 dispone sanciones para «padres madres, personas responsables de su cuidado o cualquier otra persona» que «impidan la ejecución de la o las medidas, las incumplan de modo grave, o las contravengan reiterada e injustificadamente». En tales casos la OLN «comunicará los hechos al tribunal de familia competente, y procederá de acuerdo con lo establecido en los literales e) y f) del artículo 66 y en el artículo 71». El último párrafo dispone que el tribunal «podrá disponer el apremio de arresto hasta por quince días a que se refiere el artículo 94 de la Ley 19.968, que crea los tribunales de familia, y, en caso de no obtenerse el cumplimiento por esa vía, proceder de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 240 Código de Procedimiento Civil».

La forma de redacción de la regla levanta fuertes problemas de inconstitucionalidad, a la luz del pronunciamiento que el Tribunal Constitucional ha reprochado a diversos artículos del procedimiento contravencional.⁶ Tampoco hay allí algún procedimiento que resguarde elementos mínimos de debido proceso en sede jurisdiccional, ya que un tribunal de familia no es un buzón de la sede administrativa.

El artículo 73 reitera la regla ya establecida en el numeral 9 del artículo anterior a este, y contiene una regla de periodicidad para la revisión de las medidas (no más de tres meses) y la exigencia de acciones a desarrollar. Pero nada de requisitos respecto a la comunicación de esta revisión a los niños, familia o representante jurídico. Tampoco contiene ninguna regla que obligue a reunirse presencialmente para esta revisión, por lo que podría ser un trabajo meramente de papeleo para cumplir con su cometido.

⁶ Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016, rol 2.743-2014.

En una apretada síntesis, es posible concluir que en toda la regulación del procedimiento administrativo pareciera que estamos ante una administración eficaz, inteligente y sensible. Pero eso es una fantasía. Las leyes, por una tradición que puede situarse desde J. S. Mill en adelante, deben considerar que el Estado puede devenir en el Leviatán, a pesar de sus buenas intenciones y nobles propósitos.

La historia de la niñez, como enseña García Méndez (1999: 30), es terca en demostrar que «las peores atrocidades contra la infancia han sido cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión». Y los salvadores del niño, como acredita Platt (1988), construyeron el entramado que limitó los derechos de quienes querían beneficiar y proteger.

La regulación del procedimiento administrativo contiene una serie de disposiciones que abren la puerta a un neotutelarismo, contra el que habrá que construir una lectura que sustantiva y procedimentalmente proteja los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Derivación entre tribunales de familia y las Oficinas Locales de la Niñez

El segundo inciso del artículo 68 contiene una regla de distribución de competencias entre las Oficinas Locales de Niñez y los tribunales de familia, según materia. En efecto, se declara que:

La limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia.

El artículo 71 habla de deberes de derivación para regular la distribución de ámbitos de competencia entre la protección administrativa y la judicial. Lo hace de una manera algo críptica, ya que en su inciso primero afirma que los casos que «no requieran de medidas judiciales para la oportuna y adecuada atención del niño, niña o adolescente», deberán ser derivados a las OLN. La pregunta que no es respondida es cuáles son las hipótesis que no requieren de medidas judiciales. Una posible respuesta, es que confunda las materias que ha entregado en exclusividad a la judicatura en el artículo 68 con las únicas materias que son de



competencia de los tribunales, pero esa interpretación parece excesiva y sin mayores fundamentos.

Para una correcta dilucidación del ámbito de competencias de la protección jurisdiccional es relevante recordar que ni la Ley 21.302 ni la Ley de Garantías modifican en nada sustancial la Ley 19.968 de Tribunales de Familia, ni tampoco la Ley 16.618, al ser cuerpos normativos que construyen el conjunto de facultades judiciales en materia proteccional, junto con la Ley 20.032.

Donde puede encontrarse algún elemento esclarecedor es en el artículo 2 de la Ley 21.302, al establecer, en su inciso segundo, que el objeto enunciado en el inciso primero «se realizará asegurando la provisión y ejecución de programas especializados para abordar casos de mediana y alta complejidad». En su frase final, este artículo delimita la competencia del nuevo Servicio de Protección Especializada por los casos de mediana y alta complejidad, de donde se colige que los casos de baja o leve complejidad constituyen el campo de acción de la protección administrativa.

Luego, el inciso segundo señala varios casos en que resulta obligada la derivación desde la sede administrativa a la judicial:

1. Si la intervención con la familia en contexto de voluntariedad no sea posible conforme al diagnóstico previo realizado, requiriéndose la adopción de medidas de protección que afecten sustantivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes y sus familias, que son de exclusiva competencia de los tribunales de familia.
2. Si la intervención [...] se ve frustrada durante la etapa de implementación y seguimiento por la no adherencia al plan de intervención.
3. Si la intervención en un caso de protección administrativa universal se ve frustrada durante la etapa de implementación y seguimiento por incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas de las medidas adoptadas por la Oficina Local de la Niñez, por parte de los adultos a cargo de la protección y cuidado del niño, niña o adolescente, y considerando de manera primordial el interés superior del niño, niña o adolescente, se requiere continuar con el procedimiento de protección en sede judicial.
4. Cuando, además de las causas que dieron origen a la protección administrativa, aparezcan 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.



Este listado tiene problemas de técnica legislativa. Partamos al revés, por el caso 4: el problema es la absoluta vaguedad de una fórmula como «igual o mayor intensidad», ya que esto no constituye un criterio técnico ni jurídico y equivale, en la práctica, a decir: lo que el director de Oficina Local de la Niñez considere más grave.

El tercer caso presenta tres problemas: el primero, la forma en que se considera la frustración de la protección al vincularla a «incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas de las medidas adoptadas por la Oficina Local de la Niñez». Una lectura estricta permite observar que contiene dos situaciones distintas diferenciadas por el conector disyuntivo. Por un lado, un incumplimiento grave, y por otro, contravenciones reiteradas e injustificadas. Esta forma de construir las conductas reprochadas es poco precisa, y no parece razonable que solo exija el carácter injustificado a una de las dos situaciones.

El segundo problema está en situar a los padres como los incumplidores sin mayor atención al contexto y las razones que explican ese comportamiento. Las familias multiproblemáticas justamente se constituyen en derredor de una historia de daños en el desarrollo de sus integrantes, lo que va minando la autoestima, la construcción de proyecto personal, el sentido de autoeficacia, la autonomía normativa, etcétera.⁷ Por definición son agentes que incumplen medidas y comportamientos considerados socialmente valiosos. Este caso es una especie de doble castigo que no se hace cargo de ese historial.

Pero, además, y pese a que el enfoque ecológico parece estar presente en los principios del sistema —aunque no se le nombra—, este numeral se desentiende del contexto social y estructural dentro del cual desenvuelven sus vidas las familias del sistema proteccional. Lo que debe ser la primera preocupación del legislador es el cumplimiento de los deberes estatales, partiendo por aquel contenido en el artículo 18 numeral 2 de la Convención: «los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño». Y con «asistencia apropiada» no se entiende la citación a unas sesiones en horario laboral, ni reunio-

⁷ Sobre familias multiproblemáticas este estupendo paper de Gómez, Muñoz y Haz (2007). Se advierte que expertos como Sergio Bernal y Camilo Morales consideran que la expresión ha reforzado el estigma del déficit y prefieren la expresión «familias multiacontecidas».



nes donde la principal actividad es el sermoneo de los profesionales. Sin embargo, todo eso queda obscurecido por la aproximación a las familias que subyace en el caso 3.

Sobre el caso 2 pesan los mismos problemas enunciados al final del párrafo anterior. La frustración de la intervención requiere ser explicada y comprendida, no solo registrada, y el primer responsable de una intervención frustrada es el equipo interventor.

Finalmente, el caso 1 entremezcla cuestiones diversas, aunque relacionadas. Una intervención voluntaria no es posible sin que se explique un encuadre para este constructo, que limite el árbitro del equipo diagnosticador. Luego, el numeral suma la circunstancia de afectación sustantiva de derechos de los niños y niñas y, al final, incorpora el elemento realmente diferenciador: que dichas medidas sean de competencia exclusiva de los tribunales.

La siguiente es una síntesis de las reglas de distribución de competencias del artículo 71:

1. Imposibilidad de intervención voluntaria con la familia y medidas de protección de exclusiva competencia de los tribunales de familia.
2. Protección administrativa especial: intervención frustrada por no adherencia al plan de intervención.
3. Protección administrativa universal: intervención frustrada por incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas del plan.
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 numerales 1 y 3.



Capítulo 5

Sistema de garantías

Institucionalidad de atención a la niñez

El mensaje del Ejecutivo planteaba, en septiembre del 2015, que se requería una «respuesta pública sistémica» frente a los problemas de la infancia. Apuntaba así al objetivo de construir un sistema del cual la Ley de Garantías sea la ley marco.

En la configuración de un sistema integral de protección no existe hoy un *one fits all*, es decir, un modelo que sea un estándar dorado para las políticas de protección social. Las decisiones deben desplegarse en diversas dimensiones (normativas, presupuestarias, recursos humanos, institucionales, programáticas, infraestructura, gestión del conocimiento), las cuales deben ajustarse a la historia institucional de cada país, a su viabilidad financiera, a la cultura, al rol de la sociedad civil y al desarrollo del proceso de modernización del Estado. Y es que probablemente en las políticas públicas sobre niñez se hacen más palpables los déficits estructurales que han dado lugar a lo que se conoce, desde hace unos 12 años, como la «reforma del Estado» (Consortio para la reforma del Estado, 2009), un proceso con avances lentos y fragmentarios, y con numerosos retrocesos.

Con el propósito de contribuir al proceso de implementación de un sistema de protección universal e integral, Unicef (2021) identifica siete elementos que componen el fortalecimiento de los sistemas de protección de la infancia:

- Cuestiones jurídicas, reglamentarias y normativas
- Gobernanza
- Servicio
- Normas y supervisión
- Recursos
- Participación
- Datos



Estos elementos pueden resultar útiles para la evaluación del proceso de implementación. También parece necesario considerar que Jurecic y otros (2015: 59) recomendaron,

i) que las conductas de las distintas organizaciones involucradas confluyan hacia los objetivos deseados; ii) que se definan las responsabilidades y los espacios de coordinación necesarios para procesar adecuadamente las situaciones imprevistas propias de cualquier implementación; y iii) que se evalúe el desempeño del sistema para ir monitoreando el grado de cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establecidos en los tratados internacionales.

El diseño institucional hace una apuesta por que distintas agencias mejoren sustancialmente sus procesos de coordinación. Para estos efectos, articula mesas interinstitucionales.

Son instituciones centrales del sistema de garantías (artículo 75):

- Ministerio de Desarrollo Social y Familia
- Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez
- Subsecretaría de la Niñez
- Defensoría de los Derechos de la Niñez
- Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia
- Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil
- Oficinas Locales de la Niñez
- Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez
- Consejo Consultivo Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes

Entre los actores nuevos está el Consejo Consultivo Nacional de niños, niñas y adolescentes que funcionará —según establece el artículo 76— en el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y tendrá como objetivo hacer efectiva la participación de la niñez y adolescencia en relación con las políticas, proyectos y programas que puedan afectarles. El Consejo deberá reunirse al menos tres veces al año, y estará compuesto por diez miembros representantes de los Consejos Consultivos Comunales establecidos en las Oficinas Locales de la Niñez. Sus miembros serán elegidos por sus pares y durarán tres años en su cargo, o hasta que cumplan dieciocho años.



También se estatuye que le corresponderá al Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez dar «los lineamientos generales a la Comisión Coordinadora de Protección Nacional, la que, a su vez, instruirá a las Comisiones Coordinadoras de Protección Regionales al respecto» (artículo 75 b). Además, en el artículo 36 se le encarga a dicho comité establecer «mecanismos de coordinación institucional eficientes y eficaces en materia de maltrato infantil, abuso sexual y toda forma de explotación», y que «deberá promover el buen trato hacia los niños, niñas y adolescentes en todo ámbito», especialmente respecto de niños y niñas en cuidados alternativos. Por su parte, el artículo 82 le asigna un rol activo al Comité en la formulación de la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia, y su plan de acción.

Este Comité fue creado por la Ley 20.530, del 2011 y modificado levemente en su composición actual por las Leyes 21.105, del 2018 y 21.150, del 2019. La regulación de este comité presenta algunos problemas. El primero, el traslape de competencias, al existir una instancia interministerial en materia de protección establecida en el macroartículo 66 en sus dos últimos incisos. Allí se establece que,

existirán mesas de articulación interinstitucional a nivel nacional, regional y comunal, en la que participarán todos los órganos del Estado competentes, dentro de ellos el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, que tengan por objeto resguardar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Estas mesas serán lideradas a nivel nacional por la Subsecretaría de la Niñez.¹

Un segundo problema está en la repetición de tareas con las Comisiones Coordinadoras de Protección regladas en la ley y creadas por el Servicio de Protección Especializada en su artículo 17 inciso segundo, donde se fija que:

Ejercerán sus funciones, especialmente, cuando para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son sujetos del Servi-

¹ El 13 de enero de 2023 fue publicado en el *Diario Oficial* el decreto número 12 que aprueba el reglamento que determina la integración y funcionamiento de las mesas de articulación interinstitucional de la oferta dirigida a niños, niñas y adolescentes, según lo previsto en la letra i) del artículo 66 de la Ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.



cio, se requiera de la actuación de otros órganos de la administración del Estado, por tener competencia en materias que no son propias del servicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 bis de la presente ley.

El artículo 74 en su letra b) no soluciona esto, sino que establece una cierta prelación jerárquica: el Comité Interministerial «dará los lineamientos generales a la Comisión Coordinadora de Protección Nacional». Es evidente que, si los integrantes son los mismos y lo único que cambia es quien lidera o dirige, existe una duplicidad de competencias.

De hecho, el artículo 66 declara explícitamente que las mesas «funcionarán de manera paralela y complementaria a las Comisiones Coordinadoras establecidas en el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia». Esta declaración no parece tener en cuenta los reconocidos problemas de coordinación existentes entre agencias estatales en materia de niñez.

Un tercer problema surge al comparar su regulación con la regla de la Ley 21.302 la que, en el artículo 17 inciso tercero, les asigna carácter vinculante a las decisiones de la comisión coordinadora. No obstante, esto no ocurre con las decisiones de la Comisión Interministerial, y en efecto, el artículo 16 de la Ley 20.530 dispone que «los acuerdos del Comité Interministerial de Desarrollo Social y Familia que deban materializarse mediante actos administrativos que, conforme al ordenamiento jurídico, deben dictarse por una Secretaría de Estado, serán expedidos por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia».

Luego, el artículo 77 formula una especie de exhortación a aquellos órganos del Estado que ejecuten acciones de protección, promoción, prevención, restitución o reparación de los derechos de la niñez, para que adopten «las medidas que sean necesarias para resguardar o, en su caso, restablecer de manera oportuna y eficaz, los derechos de los niños, niñas y adolescentes». Es una especie de norma supletoria general, nada explícita, y que resulta redundante dado lo preceptuado en el artículo 61 y en toda la Ley 21.430.

Institucionalidad de monitoreo de derechos humanos

Existe un conjunto de instancias e instituciones encargados del monitoreo y resguardo de los derechos de la niñez. La **figura 1** da cuenta de la estructura del sistema de protección integral.



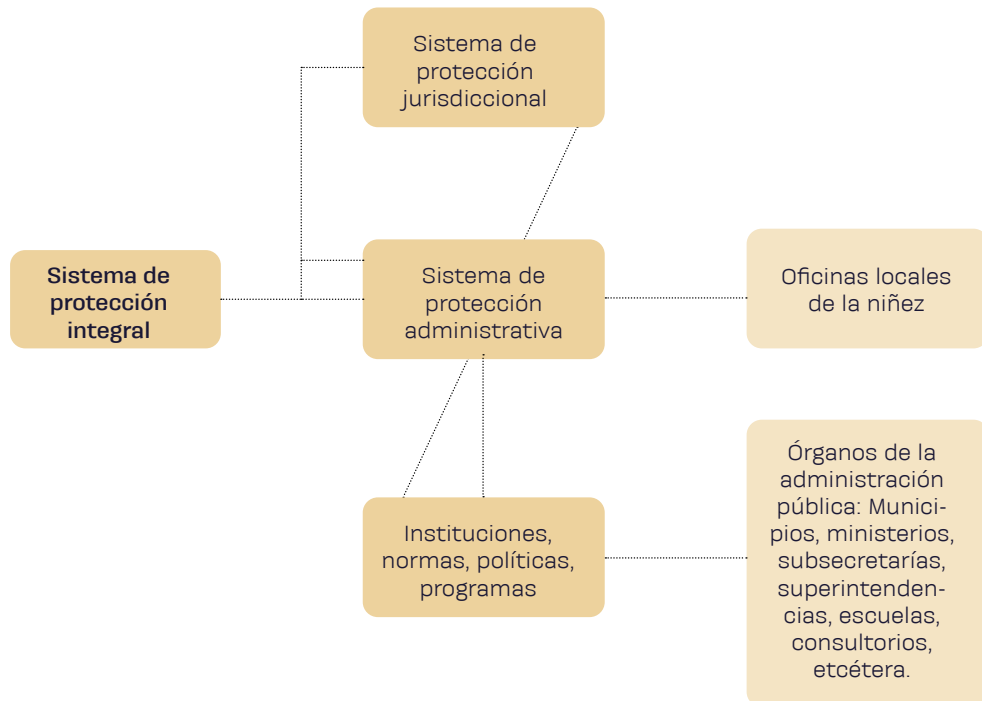


Figura 1. Sistema de protección integral.

Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros Privativos de Libertad

El reglamento de la Ley 20.084 (Decreto Supremo 1.378, publicado el 25 de abril del 2007), acogiendo la experiencia paraguaya luego del caso del Instituto Panchito López (Gallardo, 2005), instauró en sus artículos 90, 91 y 151 las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros privativos de libertad (CISC). Estas se definen como instancias regionales coordinadas por el Secretario o la Secretaria Regional Ministerial de Justicia, con la participación de distintos actores institucionales y de la sociedad civil. Emiten informes semestrales que están, desde el año 2010, disponibles en la web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.² Como anotó en su momento Briceño (2008), estas comisiones ejercen un control paralelo al jurisdiccional a cargo del juez de control de ejecución (artículo 50 de la Ley 20.084) en línea con las directrices 7 y 14 de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. El 2010 el Ministerio de Justicia desarrolló, junto a Unicef, un proceso de elaboración de fichas y protocolos de visitas.

² Disponible en <https://bit.ly/46eEnCu>.

La academia ha examinado algunos de los informes de las CISC y el proceso de supervigilancia,³ y se intentó, sin que mediara ninguna exigencia normativa, replicar esta experiencia para los centros del área de protección. Pero las visitas solo duraron el 2012 y el 2013, y el cambio de dirección del Sename el 2014 puso término a esa iniciativa.⁴ Cabe llamar la atención de que el legislador de la Ley 21.302 y de la Ley 21.430 se desentendió de este mecanismo de transparencia y *accountability* que permite que la sociedad civil organizada desempeñe un rol activo en el sistema.

Instituto Nacional de Derechos Humanos

Por precedencia cronológica es necesario mencionar que el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) posee mandato legal (artículos 2 y 4 de Ley 20.405) en la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, para lo cual puede, entre otras facultades, recibir testimonios y obtener información y documentación necesaria para el examen de las situaciones comprendidas en el resguardo de los derechos humanos en el país. En específico, puede comisionar «a uno o más consejeros, al director o a su personal para ingresar a recintos públicos donde una persona esté o pueda estar privada de libertad», sin perjuicio de las atribuciones propias del Comité de Prevención contra la Tortura. Fue en virtud de este mandato que el año 2017 se desarrollaron visitas a los centros del Sename, emitiendo luego un lapidario informe (INDH, 2018).

Cabe llamar la atención respecto de que, en virtud del artículo 3 numeral 5, es al INDH a quien le corresponde la interposición de querrelas «respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas».

3 Briceño (2008), Garrido (2018) y Jiménez y otros (2020). Se equivoca gruesamente el estudio Defensoría de la Niñez (2019) cuando afirma que las CISC están a cargo del Sename, o que carecen de protocolos y procedimientos claros de preparación, inspección y seguimiento. Tampoco es correcto sostener que no hay norma legal sobre la periodicidad de las visitas judiciales o que las visitas judiciales solo han sido los últimos años.

4 Disponible en <https://bit.ly/46eEnCu>.

Defensoría de los Derechos de la Niñez

A su turno, la Ley 21.067 que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez en su artículo 15 indica, entre las materias sobre las cuales debe recaer la cuenta pública, en su letra f): «La situación de los niños que se encuentren en centros de privación de libertad y centros residenciales de protección, sea que reciban o no recursos por parte del Estado». Para cumplir este deber, la Defensoría (2022) ha definido un proceso basado en diversas fuentes de información:

1. Visitas a instituciones o centros que tienen bajo su responsabilidad la atención, cuidado, custodia y protección de niños, niñas y adolescentes.
2. Misiones de observación que levantan información sobre la situación de ejercicio y goce de derechos de niños, niñas y adolescentes amenazados o vulnerados.
3. Obtención y sistematización de información primaria y secundaria en temas de niñez y adolescencia, a través del Observatorio de Derechos de la Defensoría de la Niñez.
4. Realización de estudios.
5. Seguimiento de la legislación del Estado referida o vinculada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El informe de la Defensoría de la Niñez (2022) da cuenta de que, en el período de investigación, se desarrollaron veinte visitas a residencias de protección y dos a centros de privación de libertad.

Mecanismo Nacional de Prevención contra la tortura

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura, publicado el 14 de febrero de 2009, establece un sistema de visitas periódicas preventivas a centros de privación de libertad a ser realizadas por órganos nacionales e internacionales independientes. Con el fin de hacer operativo este protocolo, la Ley 21.154 del 25 de abril del 2019 designó al INDH como el mecanismo nacional de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Comité contra la tortura se inserta entonces en el INDH, pero posee cierta autonomía en su función, la que es eminentemente preventiva. Esto se expresa



con claridad en el sentido de que no poseen facultades para querellarse aquellas que solo están radicadas en el INDH.

Estrada (2022a: 252) revisa el funcionamiento de los mecanismos en derecho comparado:

El Subcomité para la Prevención de la Tortura ya ha visitado centros de internación proteccional de niños según informó en su primer informe anual. Hallo de Wolf reporta que algunos de los primeros mecanismos nacionales de prevención, como el *Chancellor of Justice* de Estonia, tienen explícitas funciones de visitas a hogares y así las ha desarrollado, lo que se ha visto reforzado desde que en 2011 según la *Chancellor of Justice Act* pasó a ser el Ombudsman de los niños.

De ahí que el Comité (2021) haya incluido en el listado de unidades a visitar, «centros de cuidado alternativo para lactantes, niños, niñas y adolescentes» e «internados o centros educacionales con niños, niñas y adolescentes internas e internos». De hecho, construyó un protocolo de actuación en una visita preventiva a residencias de protección para niños, niñas y adolescentes,⁵ y en abril y mayo de 2021 realizó una serie de visitas al CREAD Pudahuel.⁶

Constituye una lamentable descoordinación que la Ley 21.430 no incluya al mecanismo ni al INDH en ninguna de las instancias participativas del sistema de garantías, pese al claro mandato legal que ambas instituciones tienen.

Visitas de jueces y juezas de familia

La Ley 19.968 contempla en su artículo 78 el deber de la judicatura de familia de «visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección». El gran problema de este mecanismo es el diseño legal que no provee de objetivos a estas visitas.

En los últimos años, la unidad de control y seguimiento de las medidas de protección ha hecho públicos informes en que se sistematizan los resultados nacionales de estas visitas, siguiendo las instrucciones que la Corte Suprema entregó en el Acta número 37-2014, que regula el

5 Disponible en <https://bit.ly/3vavSXW>.

6 Disponible en <https://bit.ly/3BVCQDT>.

seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los tribunales de familia.

Del conjunto de mecanismos examinados emerge un paisaje algo desordenado, con campos de acción que se traslapan entre distintos actores y sin que las agencias hayan realizado muchos esfuerzos institucionales de coordinación.

Plan Nacional

Conforme el artículo 79, la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia debe fijar,

los objetivos generales, fines, directrices y lineamientos en materia de protección, garantía y promoción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes dictadas conforme a ellos.

Además, debe propender a la creación de las condiciones político-institucionales que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de la niñez y adolescencia, fortaleciendo tanto la gestión pública como el seguimiento, monitoreo, evaluación y la rendición de cuentas. Asimismo, se orientará a fortalecer la calidad de los programas, de los servicios y las prestaciones de las políticas sociales generales y especializadas, y a potenciar la participación y colaboración con la sociedad civil en sus objetivos.

A lo anterior, el artículo 80 determina su contenido mínimo:

Un diagnóstico de la situación de la niñez y adolescencia en el país, sus objetivos y fines estratégicos, distinguiendo áreas y materias; orientaciones y ejes de acción dirigidos al cumplimiento de dichos objetivos y fines, considerando criterios de descentralización y desconcentración, según corresponda.

La Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su plan de acción asegurarán que el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia sea de carácter universal, coordinado, integral, sistémico, e intersectorial.



Referencias

- Aguilar-Farias, Nicolas, Francisca Román, Andrea Cortinez-O’Ryan, Jaime Cárcamo-Oyarzun, Alvaro Cerda, Marcelo Toledo-Vargas, Sebastián Miranda-Márquez, Susana Cortés-Morales y Teresa Balboa-Castillo (2022). «Redrawing cities with children and adolescents: Development of a framework and opportunity index for wellbeing—The REDibuja Study Protocol». *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19 (9): 5312. DOI: [10.3390/ijerph19095312](https://doi.org/10.3390/ijerph19095312).
- Aldunate, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- Alexy, Robert (1988). «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5: 139-151. Disponible en <https://bit.ly/3uLDr8u>.
- Alvarez, Jorge (1994). «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social». En Francisco Pilotti (coordinador), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile* (pp. 265-292). Montevideo: Instituto Interamericano del Niño.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (1991). «Sobre principios y reglas». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10: 101-120. Disponible en <https://bit.ly/3syveSk>.
- Barberis, Mauro (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Lima: Palestra.
- Barros, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio (2011). «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado». *Revista de Estudios de La Justicia*, 15: 221-263. Disponible en <http://bit.ly/3YAULJl>.
- Beloff, Mary (2009). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2022). *Historia de la Ley número 21.430*. Disponible en <https://bit.ly/3sjPBDx>.



- Brems, Eva (2006). «Article 14: The right to freedom of thought, conscience and religion». En André Alen, Johan Vande Lanotte, Eugene Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans and Mieke Verheyde (editores), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Briceño, Sebastián (2008). «Supervisión de centros privativos de libertad para adolescentes: el modelo chileno a la luz del modelo inglés». *Justicia y Derechos del Niño*, 10: 181-196. Disponible en <https://bit.ly/3jjsuYg>.
- Bronfenbrenner, Urie (1987). *La ecología del desarrollo humano. Experimentos en entornos naturales y diseñados*. Barcelona: Paidós.
- Carreta, Francesco y Rodrigo Barcia (2019). *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*. Santiago: Academia Judicial.
- Carrió, Genaro (2011). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 6.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Castillo-Gallardo, Patricia, Alejandra González-Celis y Viviana Rivas-Naranjo (2022). «The crisis of subsidiarity in the National Service for Minors: Chile (1994-2021)». *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 20 (2): 1-22. DOI: [10.11600/rlcsnj.20.2.4932](https://doi.org/10.11600/rlcsnj.20.2.4932).
- Cea, Jose Luis (2002). *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- Cerda, Rodrigo (2021). «Evolución de la protección de la infancia, desde el discurso “los niños primero” hacia la consideración primordial del “interés superior de los niños, niñas y adolescentes”. Una visión desde la judicatura». *Infancia activa*, 1: 217-260. Disponible en <https://bit.ly/3Ibr2Rz>.
- Cillero, Miguel (1994). «Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile». En Francisco Pilotti (coordinador), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile* (pp. 75-138). Montevideo: Instituto Interamericano del Niño. Disponible en <https://bit.ly/3a94PoA>.
- . (1997). «Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios». *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, 234.
- . (1999). «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño». En Mary Beloff, Miguel Cillero, Julio Cortés y Jaime Couso (editores), *Justicia y derechos del*

- niño* (pp. 45-62). Santiago: UNICEF y Ministerio de Justicia. Disponible en <https://bit.ly/3bxENbt>.
- . (2001). «Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva». En Mary Beloff, Miguel Cillero, Julio Cortés y Jaime Couso (editores), *Justicia y derechos del niño. Volumen 3* (pp. 49-64). Santiago: UNICEF y Ministerio de Justicia. Disponible en <https://bit.ly/3s-GzMXS>.
- . (2016). «La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo». En Clara Martínez (coordinadora), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (pp. 85-121). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Disponible en <https://bit.ly/3sGyNqE>.
- Cillero, Miguel y Martín Bernales (2002). «Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia “penal de menores” de Chile: Evaluación y perspectivas». *Revista de Derechos del Niño*, 1: 9-40. <https://bit.ly/3HJuvTV>.
- Cillero, Miguel, Ester Valenzuela, Francisco Estrada, Juan Pablo González, Fabiola Lahtrop, Soledad Larraín y Anuar Quesille (2022). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo*. Santiago: UNICEF. Disponible en <http://bit.ly/3EefiHz>.
- Cillero, Miguel, Felipe Viveros, Martín Bernales, Nicolás Espejo y Carlos Pizarro (2007). *Análisis del proyecto de ley de Protección de Derechos del Niño*. Santiago: Universidad Diego Portales. Disponible en <https://bit.ly/3Kl1U8J>.
- Coddou, Alberto (2020). «Derecho a la igualdad ante la ley». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Curso de derechos fundamentales* (p. 243). Santiago: Tirant lo Blanch.
- Comité de Prevención contra la Tortura (2021). *Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile. Primer informe anual 2020*. Santiago: Comité de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Disponible en <https://bit.ly/3HPy7r4>.
- Comité de Derechos del Niño (2013). *Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial CRC/C/GC/14*. Ginebra: ONU. Disponible en <http://bit.ly/3aNJcbg>.

- . (2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5*. Ginebra: ONU. Disponible en <https://bit.ly/3pQZjJ7>.
- . (2018). *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. CRC/C/CHL/INQ/1. Ginebra: ONU. Disponible en <https://bit.ly/3ackeBf>.
- . (2022). *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6° y 7° combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/6-7*. Disponible en <https://bit.ly/3OHX5sD>
- Consejo Nacional de la Infancia (2014). *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*. Santiago: Universidad Diego Portales. Disponible en <https://bit.ly/3oYvUzb>.
- . (2018). *Hacia un sistema de garantías de derechos de la niñez. Memoria 2014-2018*. Disponible en <https://bit.ly/3pD7MT9>.
- Consortio para la reforma del Estado (2009). *Un mejor Estado para Chile. Propuesta de modernización y Reformas*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3I1L153>.
- Cortés, Julio (2001). «La ley de menores y sus problemas de constitucionalidad». En Corporación Opción (editor), *Infancia y derechos humanos. Discurso, realidad y perspectivas* (pp. 93-111). Santiago: Corporación Opción.
- Couso, Javier (2001). *Consultoría sobre el estudio de las bases técnicas de una acción de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia*. Informe final [Inédito]. Consultoría al Ministerio de Justicia.
- Defensoría de la Niñez (2019). *Mecanismos de monitoreo de centros de cuidado alternativo y de privación de libertad*. Disponible en <https://bit.ly/3HUR6jN>.
- . (2022). *Informe Anual 2022. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3WCQIuE>.
- Díaz, Iván (2013). «Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional». *Revista chilena de derecho*, 40 (2): 635-668. Disponible en <https://bit.ly/3Lx796N>.
- Díez-Picazo, Luis María (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas.

- Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019). *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*. Santiago: Poder Judicial de Chile.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2020). «La protección normativa de la infancia en Chile antes de la Convención de los Derechos del Niño: mirada evolutiva y lecciones para el presente». En Carmen Domínguez Hidalgo (editora), *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (pp. 3-18). Santiago: Thomson Reuters.
- Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. 2.^a ed. Barcelona: Ariel.
- 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 (1): 42-61. Disponible en <https://bit.ly/3hb5Htb>.
- Estrada, Francisco (2012). «Mucho más que la ley. Un modelo multi-dimensional para el proceso de reforma del sistema de atención a la infancia en Chile». Ponencia en Congreso de Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Disponible en <https://bit.ly/3JA8PuL>.
- . (2015a). «Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas». *Revista de Derecho* (Universidad de Chile), 8: 155-184. Disponible en <https://bit.ly/3rFvWh3>.
- . (2015b). «La ilusión de la protección». *Revista de Familias y Terapias*, 39: 21-39. Disponible en <https://bit.ly/39qQLn>.
- . (2018a). «Nudos críticos de la oferta programática de SENAME». En Paulina Henoch, Blanquita Honorato, Miguel Bejide (editores), *La infancia vulnerada* (pp. 130-155). Santiago: Libertad y Desarrollo y Fundación Miguel Kast. Disponible en <https://bit.ly/3enuZUt>.
- . (2018b). «Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas». *Revista de Estudios de la Justicia*, 28: 1-50. Disponible en <https://bit.ly/3oB9CEu>.
- . (2021a). *Ley N° 21.302 Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica*. Santiago: Infajus. Disponible en <https://bit.ly/3yVuAkz>.
- . (2022a). «La internación proteccionista de niños en el derecho internacional de los derechos humanos». *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 90 (251): 235-272. Disponible en <https://bit.ly/3bLf3fm>.
- . (2022b). «Vino viejo, odre viejo, nueva etiqueta. Una panorámica a la ley del nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Ni-

- ñez y Adolescencia». En Isaac Ravetlla y Aguilar, Gonzalo (editores), *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* (pp. 357-393). Santiago: Tirant lo Blanch.
- . (2022c). *Apuntes respecto de la Ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*. Santiago: Infajus. Disponible en <https://bit.ly/3XdN7mp>.
- . (compilador) (2022d). «Dossier Antecedentes de Ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia». Disponible en <http://bit.ly/3KB1drL>.
- . (compilador) (2023a). *Compilado de las Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño a los Informes de Chile (1994-2022)*. Santiago: Infajus. Disponible en <https://bit.ly/3ROMezQ>.
- . (2023b). «Promesas pendientes. Panorámica y aspectos críticos de la ley N° 21.430, de garantías y protección de derechos de la niñez». *Revista de Ciencias Sociales*, 82, 311-367. Disponible en <https://bit.ly/3KpjsTL>.
- Falca, Susana y Fabián Piñeyro (2018). *Manual de derecho de infancia*, Montevideo: Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. Disponible en <https://bit.ly/3sDA5Sg>.
- Freeman, Michael (2000). «The future of children's rights». *Children & Society*, 14 (4): 277-293. DOI: [10.1111/j.1099-0860.2000.tb00183.x](https://doi.org/10.1111/j.1099-0860.2000.tb00183.x).
- . (2006). «Tomando más en serio los derechos de los niños». *Revista de Derechos del Niño*, 3-4: 251- 271. Disponible en <https://bit.ly/3sAaY2C>.
- Gallardo, Eduardo (2005). «El caso Panchito López (Comentario sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena al Estado de Paraguay)». En Mary Beloff, Miguel Cillero, Julio Cortés y Jaime Couso (editores), *Justicia y derechos del niño. Volumen 7* (pp. 117-130). Santiago: UNICEF. Disponible en <http://bit.ly/3BBxJZC>.
- García de Enterría, Eduardo (1994). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa: Discurso leído el día 24 de octubre de 1994, en el acto de su recepción como académico de número, por el Excmo. Sr. Don Eduardo García de Enterría y Martínez-Garande*. Madrid: Real Academia Española. Disponible en <https://bit.ly/3XrRisc>.
- García Méndez, Emilio (1992). «La convención internacional de los derechos del niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a

- la infancia-adolescencia como sujeto de derechos». En *Derecho de la infancia/adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Disponible en <https://bit.ly/3JseK7i>.
- . (1999). «Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia». En Mary Beloff, Miguel Cillero, Julio Cortés y Jaime Couso (editores), *Justicia y derechos del niño. Volumen 1* (pp. 23-44). Santiago: UNICEF. Disponible en <http://bit.ly/3bxENbt>.
- . (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. Disponible en <https://bit.ly/3sH5ELo>.
- Garrido, Ricardo (2018). *El sistema de supervisión de centros de adolescentes privados de libertad por infracciones a la ley penal*. UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3SoyDW5>.
- Gómez, Esteban, María M. Muñoz y Ana María Haz (2007). «Familias multiproblemáticas y en riesgo social: características e intervención». *Psykhé*, 16 (2): 43-54.
- Gros, Héctor (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Grupo de trabajo de infancia del Poder Judicial (2021). *Política de efectivización de derechos*. Poder Judicial de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3o6AlXZ>.
- Henríquez, Sergio (2022). *Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, análisis crítico, Tomo I*. Disponible en <http://bit.ly/3k7K7KS>.
- Illanes, Alejandra y Paul Contreras (2022). «Protección especializada en el contexto del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. La protección dentro de la protección». En Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores), *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). «Informe Misión de Observación Sename 2017». *Biblioteca digital INDH*. Disponible en <https://bit.ly/3iAHFsn>.
- Jiménez, María, Rodrigo Goycolea y Tamara Santos (2020). «Convivencia, disciplina y conflicto: Las Secciones Juveniles de las cárceles de adultos en Gendarmería de Chile. Análisis de las actas de la Comi-

- sión Interinstitucional de Supervisión de los Centros de Privación de Libertad (2014-2017)». *Política Criminal*, 15 (29): 141-201. Disponible en <https://bit.ly/3Wm6fz9>.
- Juretić, Jerko, Francisca Dussailant, Gabriela Saieg, María Pía Martín, Francisco Estrada, Javier Fuenzalida y Carlos Castro (2015). *Definiciones conceptuales para un sistema integral de protección a la infancia*. Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, número 4. Centro de Sistemas Públicos, Universidad de Chile para UNICEF Chile. Disponible en <https://uni.cf/3rPZBnz>.
- Juste, Marián (1996). *Bases para una nueva legislación en materia de protección especial a la infancia y adolescencia*. UNICEF.
- Lansdown, Gerison (2005). *La evolución de las facultades del niño*. *Unicef y Save the Children*. Florencia: Instituto de Investigaciones Innocenti de UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3nZCwxr>.
- Lathrop, Fabiola (2017). «Cuidado personal y copaternidad: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 23 de mayo de 2017 (rol número 99.861-16)». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 24 (2): 323-336. Disponible en <https://bit.ly/3hHGSbS>.
- . (2022). «Niñas, niños y adolescentes privados de cuidado parental: reconocimiento constitucional del derecho a la vida familiar en América Latina». En Miguel Cillero, Ester Valenzuela y Juan Pablo González (editores), *VV.AA: Familia, infancia y constitución*. Santiago: Thomson Reuters, CIDENI y O'Neill Institute.
- López, Patricia (2021). «La propiedad comercial y el niño, niña y adolescentes en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela applicable». *Vniversitas*, 70: 1-25. Disponible en <https://bit.ly/3YAxis1>.
- Lovera, Domingo (2009). «Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía». En Miguel Cillero, Nicolás Espejo, Susana Falca, Gimol Pinto y Rodrigo Quintana (editores), *Justicia y Derechos del Niño Volumen 11* (p.17). Santiago: UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3ciFDas>.
- . (2015). *Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: Necesidad de un sistema de garantías reforzadas*. Santiago: UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3xnrJAH>.
- 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): 209-234. Disponible en <https://bit.ly/3GPaniD>.

- Maldonado, Pedro (2016). «Los derechos de los niños como límites a la discrecionalidad del Estado». *Revista de Estudios Judiciales*, 2 y 3: 159-176. Disponible en <https://bit.ly/38oZu9o>.
- Martínez García, Clara (2016). «Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia». En *Principales modificaciones legislativas en el marco de protección de la infancia y la adolescencia en España* (pp. 25-36). Sevilla: Universidad Pontificia de Comillas, Defensor del Pueblo Andaluz y Defensor del Menor de Andalucía. Disponible en <https://bit.ly/3LCEYTT>.
- Mondaca, Alexis (2022). «Derecho a la educación». En Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores), *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* (pp. 225-254). Santiago: Tirant lo Blanch.
- Morlachetti, Alejandro (2013). *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL y UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3Wc1KXP>.
- Munro, Eileen (2011). *The Munro Review of Child Protection: Final Report. A child-centred system*. Londres: Department of Education. Disponible en <https://bit.ly/3vGjTkv>.
- Muñoz Guzmán, Carolina (2003). «Por el “re-conocimiento” de la infancia». *Persona y sociedad*, 17 (3): 283-300. Disponible en <https://bit.ly/3rWozSw>.
- . (2013). «Proyecto de Ley de Protección Integral de la infancia: ilusión de universalidad». *Apuntes legislativos*, 20: 1-8. Disponible en <https://bit.ly/3gize3A>.
- Muñoz, Fernando (2015). «Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 28 (2): 145-167. Disponible en <https://bit.ly/3Qhg7XU>.
- Morales, Camilo (2022). «El gobierno de la infancia: Análisis sistemático sobre el estudio de las políticas públicas dirigidas a la niñez bajo protección del Estado». *Revista Estudios de Políticas Públicas*, 8 (1): 134-153. Disponible en <https://bit.ly/3a9xzOo>.
- Nogueira, Humberto (1997). *Dogmática Constitucional*. Talca: Universidad de Talca.

- . (2006). «El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 13 (2): 61-100. Disponible en <https://bit.ly/3BkBu47>.
- Núñez, Germán (2010). «La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: Las medidas de protección en el Derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho de Familia*, 3: 245-278. Disponible en <https://bit.ly/3byo6Oy>.
- Oyarzún, Astrid y otros (2008). *¿Enfoque de derechos o enfoque de necesidades? Modelo de gestión para el desarrollo de un sistema local de protección de derechos de la infancia y adolescencia*. Santiago: SENA-ME y Ediciones CIDPA.
- Pilotti, Francisco (2001). *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*. Santiago: CEPAL. Disponible en <https://bit.ly/34NbmDo>.
- Pinto, Mónica (2005). «Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano». *Revista IIDH*, 40: 25-86. Disponible en <https://bit.ly/3qWXeSk>.
- Platt, Anthony (1988). *Los «salvadores del niño» o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI.
- Prieto Sanchis, Luis (1983). «El sistema de protección de los derechos fundamentales». *Anuario de Derechos Humanos*, 2: 367-426.
- Ravetllat, Isaac (2012). «El interés superior del niño: Concepto y delimitación del término». *Educatio Siglo XXI*, 30 (2): 89-108. Disponible en <https://bit.ly/3KiJxBm>.
- . (2019). «Ley N° 21.067, de 29 de enero de 2018, de creación de la Defensoría de los Derechos de la Niñez en Chile: Origen, modelo y principios». En Alexis Mondaca y Cristián Aedo (editores), *Estudios de derecho familiar IV. Cuartas Jornadas Nacionales Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica del Norte* (pp. 321-344). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2020). «Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del Sistema». *Revista de derecho* (Universidad de Concepción), 88 (248): 293-324. Disponible en <https://bit.ly/3AjZbL7>.
- . (2022). «Derechos civiles y políticos en la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia». En Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores). *Comentarios a la Ley de*

- Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* (pp. 191-224). Santiago: Tirant lo Blanch.
- Ravetllat, Isaac y Pinochet, Ruperto (2015). «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 903-934.
- Retamal, Alejandra y Salinas, Carolina (2019). «Avances y desafíos a la luz de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a Chile». En Carmen Domínguez (editora), *Convención Internacional de los Derechos del Niño: estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (pp. 19-40) Santiago: Thomson Reuters.
- Solari, Enzo y Christian Viera (2015). «Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)». *Estudios constitucionales*, 13 (2): 13-56. DOI: [10.4067/S0718-52002015000200002](https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000200002).
- Soto, Pamela (2021). «Familias y poder: el lugar de la edad y el género». En Soledad Larraín y Gabriel Guajardo (editores), *Niñez y género: claves de comprensión y acción* (pp. 87-102). Santiago: FLACSO y CIDE-NI. Disponible en <https://bit.ly/44erAhr>.
- Squella, Agustín (2000). *Introducción al Derecho*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Tafaro, Sebastiano (2008). «Breves notas sobre los infantes en el derecho romano». *Revista de Derecho Privado*, (14): 5-32. Disponible en <https://bit.ly/3NMNyzn>.
- Torres, Osvaldo (1990). *El niño abandonado en Chile. La herencia del régimen militar*. Santiago: DNI Chile. DOI: <https://doi.org/10.34720/hstr-ch40>
- .(2019). «Niñez, políticas públicas y sociedad civil». *MAD*, 3: 17-45. Disponible en <https://bit.ly/36f39If>.
- Turner, Susan y Juan Andrés Varas (2021). «Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva». *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), 40: 149-171. DOI: [10.18601/01234366.n40.06](https://doi.org/10.18601/01234366.n40.06).
- UNICEF (2012). *Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico)*. UNICEF.

- . (2021). *Estrategia de protección de la infancia de UNICEF (2021- 2030)*. UNICEF.
- . (2022). *Análisis de la situación de las niñas, niños y adolescentes en Chile. Informe final SITAN*. Santiago: UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3PxrXjj>.
- Valenzuela, Ester, J. P. González y Miguel Cillero (editores) (2022). *Familia, infancia y constitución*. Santiago: CIDENI, O'Neill Institute, Georgetown University y Thomson Reuters.
- Valenzuela, Ester y Francisco Estrada (2022). «Salud mental de niños, niñas y adolescentes: avances y brechas pendientes en su derecho al bienestar». En Judith Schönsteiner (editora), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2022* (pp. 211-246). Santiago: Centro de Derechos Humanos y Facultad de Derecho de Universidad Diego Portales.
- Vargas, Macarena, Paula Correa, Paula Barros y Andrea Cerda (2010). *Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia. Informe final de estudio*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y UNICEF Chile. Disponible en <https://bit.ly/3vzpOJV>.
- Vargas, Macarena y Paula Correa (2011). «La voz de los niños en la justicia de familia de Chile». *Ius et Praxis*, 17 (1): 177-204. Disponible en <https://bit.ly/3MYL4hZ>.
- Waisbluth, Mario (2010). «Déficit de Vitamina I. Las omisiones de implementación de las políticas públicas (o bien: la economía política de la ineficiencia pública)». *Notas de Opinión*, 1. Disponible en <https://bit.ly/38Hq8wR>.
- . (2003). «La insularidad en la gestión pública latinoamericana». *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 27. Disponible en <https://bit.ly/3MJ5FXQ>.
- Wardle, Lynn (1996). «The use and abuse of rights rhetoric: the constitutional rights of children». *Loyola University Chicago Law Journal*, 2. Disponible en <https://bit.ly/3oYIQ9g>.

*Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos
de la niñez y adolescencia*
de Francisco Estrada Vásquez y Ester Valenzuela Rivera



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Verónica Carrasco, Macarena Buzeta,
Ana María González y Marco Antonio Coloma

