

Competencia de protección judicial y administrativa: una mirada reflexiva a una nueva etapa que comienza

Sergio Henríquez Galindo

Juez Destinado, Centro de Medidas Cautelares

Abstract

Esta ponencia es una reflexión sobre el sistema de competencias de protección administrativo y judicial, con motivo de la jornada "Protección Judicial y Administrativa en la Ley de Garantías y Derechos de la Niñez y Adolescencia de Chile, una mirada reflexiva de la Ley N° 21.430 y Reglamento que regula las OLN", realizado el día martes 20 de agosto de 2024 en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Abordando una mirada histórica, se analiza críticamente el próximo hito del Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia, con la entrada en vigencia del Reglamento de las Oficinas Locales de la Niñez que regula el procedimiento de medidas de protección administrativa y judicial, el jueves 22 de agosto de 2024.

Keywords: Ley 21430, Derechos del niño, Protección de derechos, Oficinas Locales de la Niñez, Ley de Garantías

Antecedentes previos

Algo de Historia

Primero que todo, cuando hablamos de historia, ¿Porqué no aparecen los niños y niñas en ella? Hoy por hoy, en las escuelas, nadie los menciona, aún cuando sabemos que son importantes, incluso decisivos en muchos casos. Pinochet lo confirma, señalando en su Tesis Doctoral, que "haciendo una referencia directa a la invisibilidad de los niños y niñas, Bajo y De Mause (1974), en el prólogo a su obra "Historia de la infancia", también Beltrán (1998) señalan que visibilizarlos es una deuda que tienen los historiadores con un sector social que fue marginado en el pasado ya sea porque no actuaron como los actores principales en la historia o porque sus acciones fueron puestas bajo la sombra de los grandes acontecimientos.

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro de Humanizar, Asociación Chilena de Justicia Terapéutica. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Chile. Miembro de la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile. Juez de Letras de Quintero, actualmente Destinado del Centro de Medidas Cautelares. Correo: sergiohenriquez@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8182-4735>. DOI: 10.5281/zenodo.13346437

Sobre la invisibilidad de los niños señalan que ellos: "... seres concretos y diferentes entre sí, han sido marcados por las circunstancias de su entorno, y por los valores de su época. Su propia existencia podía ser negada por los mayores o recibida con alegría... estos grandes desposeídos no eran dueños de su propio derecho a la vida, como tampoco lo ha sido de su propio reflejo en los documentos históricos..." (Bajo y Beltrán, 1998, p. 11). De esta manera, se deja en evidencia la doble invisibilidad que ha cubierto a la infancia. Por un lado, la del pasado reciente que los había dejado a un lado o supeditados a la experiencia de un adulto en los estudios historiográficos y, por otra, la del pasado remoto que negó la voz a los niños y niñas para que evidenciaran sus testimonios de la vida que les tocó vivir" (Pinochet, 2015, p. 54).

Es importante recordar el pasado, y la historia de los niños, niñas y adolescentes en Chile, porque este recuerdo, nos trae al presente un importante mensaje que se torna muy actual: el riesgo de volver a tratarlos como objetos de protección, siempre está latente. Y esta invisibilidad que anticipamos con Pinochet, es preocupante, y es justamente una manifestación de este peligro.

Pareciera que fuese cosa del pasado, pero ese riesgo siempre está ahí, y de hecho, se renueva con más bríos en ocasiones. Pero entendamos algo primero. La infancia, históricamente ha sido tratada como algo que se debe encerrar. Salvo la niñez de la aristocracia, los hijos de los "patricios", el resto de los niños y niñas, eran más bien huachos, menores inde-seables, que debían estar encerrados, de una u otra forma, pues de lo contrario, terminarían convirtiéndose en ladrones o prostitutas. Ya lo explicaba Donzelot: "Siempre se trata del mismo mecanismo. Para asegurar el orden público, el Estado se apoya directamente sobre la familia, utilizando indisociablemente su temor al descrédito público y sus ambiciones privadas. Todo sucede según un esquema de colaboración muy simple. El Estado dice a las familias: Mantened a los vuestros en las reglas de obediencia a nuestras exigencias. Mediante eso, podréis utilizarlos a vuestro antojo y, si contravienen vuestras órdenes, nosotros os daremos el apoyo necesario para obligarlos a entrar en el orden" (Doncelot, 1992, p. 53).

Y es importante recordar la mirada histórica que se ha tenido de la infancia, una infancia que siempre hemos dividido, entre nuestros "niños", y los otros, la otredad de los "menores", a quienes como sociedad preferimos no verlos, o tal vez, saber que están encerrados, "protegidos", pero fuera de nuestra presencia, fuera de toda participación. Esta es la primera separación de vías que conocemos: la que distingue entre nuestros niños, y los menores.

En efecto, la novedad de la Ley 21.430, y de este Sistema de Garantías de Protección Integral de Derechos de la Niñez y la Adolescencia, es que por primera vez, se aterriza en un nivel normativo legal, una visión de la infancia que la reconoce como sujetos de derechos. Pero, para llegar a este punto, se ha recorrido un largo camino, que es conveniente recordar.

No haremos aquí una revisión exhaustiva de la historia de la niñez en nuestro país, que para eso deberíamos recurrir a Pollock y su impecable resumen historiográfico de las principales corrientes que explican la historia de la infancia en occidente (Pollock, 2004), y luego revisar autores como Rojas y su historia de la infancia en el Chile Republicano (Rojas, 2010), pero si diremos que ha tenido un trato que oscila entre la invisibilidad más absoluta, y la brutalidad extrema. Castillo-Gallardo afirma que "los niños y niñas de Chile fueron indígeneas esclavizados, siervos, mestizos, ilegítimos y criollos en la época de la Colonia. Más tarde fueron independentistas, vagos o delincuentes para pasar, en los principios de la modernidad, a ser trabajadores y trabajadoras explotados que luego fueron escolarizados, y

apenas protegidos, tregua por la que pagarían el precio de ser aterrorizados, segmentados y excluidos" (Castillo-Gallardo, 2015, p. 106).

Después de la conquista y la colonización, la infancia fue utilizada para enriquecer a la Corona Española, y se estableció una doctrina pedagógica en función esa meta. Los movimientos independentistas posteriores, no cuestionaron este modelo de sometimiento de la infancia, sino más bien se disputaron su control. Y en el camino, bien sirvieron también como carne de cañón: "Al llegar al siglo XIX, el sistema educacional emanado de la corona española que se había implementado sobreponiéndose a la resistencia de los indígenas-, se encontraba instalado, y la disputa independentista era respecto al control y administración de dichas estructuras (...) el período de independencia se llevó la vida de muchos niños y niñas quienes, como guerreros ágiles, vivaces, dóciles y temerarios ante el peligro de la muerte, cumplieron funciones de espías, informantes, mensajeros, ordenanzas y combatientes" (Castillo-Gallardo, 2015, p. 100).

Una cultura de cosificación de la infancia se instaló desde entonces, compitiendo luego con una mirada piadosa de caridad cristiana, que sirvió para mejorar sus condiciones de vida, a la vez que para someterlos al silencio y la irrelevancia. Por una parte, los hijos de las clases más pudientes se vieron beneficiados con más educación y cuidados, mientras que los huachos, fueron condenados a la invisibilidad, la falta de educación, la precariedad y la muerte: "La sentimentalización de la infancia adviene finalmente a América latina y Chile; esto se puede observar en la relevancia paulatina que los niños y niñas adquirieron en la expresión artística y pictórica (...) El otro segmento de la población-los pobres- vivía en la invisibilidad, en las penurias de la mortalidad infantil y la falta de educación, precariamente cubierto por las redes sociales que protegían a los ilegítimos, a los huachos chilenos (Salazar, 2006)" (Castillo-Gallardo, 2015, p. 102).

Que valioso es recordar Daniel Barrios, citado por Salazar, y examinar que tan distinta es nuestra realidad hoy por hoy: "Allí son amagados al mismo tiempo los cinco sentidos del pobre transeúnte... Por las variadas escenas indecentes e inmorales que se nos presentan al pasar... se ve, en un confuso desorden, el bracero en que se hace la comida... estacas clavadas de las que cuelgan ropas, sombreros, canastos, etc. i en un rincón se ven amontonados choclos, papas, repollos, etc., produciendo un olor a putrefacción... ¿Cómo no han de salir los muchachos a saltar a la calle, que es el verdadero patio de tales habitaciones? Solo quedan los más pequeños, i no es extraño verlos medios desnudos i tendidos sobre el húmedo pavimento" (Barros, 1889, pp. 131, 132-134). Salazar a su vez replica: "¿Viniste? ¿Me puedes ver? Mírame entonces de una vez. Soy un niño, huacho, abandonado, y soy de los más pequeños, estoy medio desnudo y tendido sobre el húmedo pavimento. ¿Me ves? ¿me puede ver? Si me ve, ¿qué sientes por mí? ¿qué esperas de mi? ¿me temes?" (Salazar, 2006, p. 77)

Con el evidente fracaso del modelo de Bello, se asientan en Chile los vientos provenientes de Illinois, y se instalan rápidamente los Juzgados de Menores, inspirados en el movimiento de los Salvadores de los Niños, y con ellos, los correccionales, hogares masivos, y el modelo del menor en situación irregular, que lo ve como un objeto de protección, respecto del cual existen deberes, pero no reconocimiento de derechos. Platt detalla los profundos fundamentos ideológicos que cruzaron los movimientos de los salvadores de los niños, y que dieron origen a los tribunales de menores en Illinois, primer lugar donde se instaló, y que rápidamente se propagó por el mundo: "Tres temas del movimiento de los tribunales de

menores reflejan aún más su conservadurismo y su sesgo de clase media: I. Se describía a los "delincuentes" como personas que necesitaban un control y una contención firmes para que su reforma tuviera éxito. Los salvadores de niños no eran sentimentalistas indulgentes; recomendaban el aumento del encarcelamiento como medio de alejar a los delincuentes de las influencias corruptoras. (...) 2. Aunque los salvadores de la infancia afirmaban el valor del hogar y la familia como instituciones básicas de la sociedad estadounidense, facilitaban el alejamiento de los niños de "un hogar que no cumple su función adecuada." (...) 3. La difuminación de las distinciones entre niños "dependientes" y "delincuentes" y la correspondiente eliminación de las garantías procesales para los menores, sirvieron para convertir en un hecho social la norma de la dependencia adolescente. "Todo niño es dependiente", sostenía la Junta de Beneficencia Pública. "La dependencia es la condición natural del niño". Una de las tareas de los protectores de la infancia era castigar la independencia prematura de los niños y restringir la autonomía juvenil. Los defensores de las protecciones constitucionales para los niños fueron reprendidos por impedir el "esfuerzo sistemático y adecuado para la salvación de todos los niños que necesitan un salvador"(Platt, 2008, pp. 135, 136).

Confirma esta influencia Norteamericana en Chile, Rojas, cuando señala que "La justicia de menores, o justicia tutelar, constituyó un verdadero movimiento mundial a inicios del siglo XX, cuya fuente directa de inspiración fue el Tribunal de Menores de Chicago, Illinois, creado en 1899. En toda Latinoamérica se comenzó a asentar el concepto de que el Estado debía asumir la protección de todo menor que se encontrara en condiciones sociales tan adversas, desvalido o abandonado, que pudiera conducirlo a la comisión de un delito o que ya lo hubiera hecho. Para ello, se proponía un plan mediante el cual el menor no debía ser tratado como delincuente ni acusado legalmente de cometer un delito, sino considerado un pupilo del Estado sujeto a su atención, vigilancia y disciplina, recibiendo, en lo posible, el mismo tratamiento que debía dispensarle sus padres. En su época, esto fue visto como un giro esencialmente progresista a favor de los niños. Con el tiempo, sin embargo, tanto la ideología predominante que sustentó estos cambios como las transformaciones efectivas que se produjeron, más que despenalizar el tratamiento de los niños infractores, terminó siendo una forma híbrida de control social basada en la idea de peligrosidad antes que en la de culpabilidad, como bien lo acota Julio Cortés. Sin embargo, todo este movimiento se sustentó en una imagen benevolente de salvación liderada por una cruzada humanista. El Movimiento de los Salvadores del Niño, denominación aplicada con frecuencia en Estados Unidos, supo aplicar fielmente las recetas de la criminología positivista, dotando al sistema institucional de alternativas más modernas y científicas de control social sobre la población infantil peligrosa, en comparación con las que venía aplicando el derecho penal clásico"(Rojas, 2010, pp. 385, 386).

A nivel normativo, los niños y niñas fueron quedando "a la sombra de la ley", pues pese a que las relaciones entre padres e hijos estaba regulada en el Código Civil, la alta circulación de niños y niñas, entre parientes y conocidos, o desconocidos, para realizar labores domésticas a cambio de protección y abrigo, amparado en un discurso caritativo y de beneficencia, pero desconociendo sus derechos, tal como lo señala Milanich: "Como la ley no reguló la relación entre custodios y criados, a estos niños se les consideraba más como beneficiarios de benevolencia que como personas con derechos, hecho que, a mi juicio, da cuenta en gran medida del estado de subyugación al interior de los hogares. En otras palabras, el vacío dejado por la ausencia de derechos legales claros para los criados, sus

padres o custodios, fue llenado por otros principios culturales imperantes, tales como la caridad y el paternalismo. De acuerdo con los criterios convencionales, los jóvenes criados estaban eternamente endeudados con sus custodios por haberlos rescatados de la orfandad, pobreza, abandono o muerte" (Milanich, 2006, p. 246).

Y suponemos que las cosas cambiaron con la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño en 1990. Pero Emilio García Méndez lo advirtió con claridad en su momento, hace ya varios años: el peligro de otorgarle a la Convención un contenido equivalente al que se proponía en la Doctrina del Menor en Situación Irregular, es real y permanente, y estamos siempre en tensión. Así señala que "La experiencia muestra que lo que caracteriza a las más o menos estructuradas evaluaciones de impacto de la Convención de Derechos del Niño es el hecho que, según sea el punto de vista que se adopte, profundamente divergentes han sido y son sus conclusiones. Mientras, para algunos, la incorporación de la Convención de Derechos del Niño a la normativa jurídica nacional, ha producido las más extraordinarias e inéditas transformaciones jamás ocurridas en este campo, para otros, esta incorporación en absolutamente nada ha alterado las prácticas, las instituciones y las culturas de tratamiento y relacionamiento con la infancia. (...) En otras palabras, quisiera afirmar que profundas transformaciones culturales en las relaciones de los niños con los adultos, la familia y la sociedad, transformaciones de las cuales la Convención de Derechos del Niño es al mismo tiempo una consecuencia y un elemento de aceleración, conviven simultáneamente con las formas jurídicas, a veces e institucionales, casi siempre, más primitivas, corporativas y anquilosadas que se pueda imaginar. Y que, como ya se afirmó, estas tendencias, tan confusas como contradictorias, se manifiestan no tan solo en los países que han completado por lo menos una primera etapa de reformas legislativas, sino también en aquellos países donde prácticamente nada ha cambiado o solo ha cambiado en la dirección de una involución represiva y autoritaria. (...) Mientras los niños en general resisten de hecho con fuerza creciente el autoritarismo discrecional de los adultos, los menores poseen mucho menos capacidad de oponerse y contestar los atropellos de las instituciones. Es la indefensión propia de los ciudadanos frente al Estado, potenciada por la ideología y prácticas de la compasión-represión en el caso de los menores. Estos nudos culturales críticos hacen referencia específica tanto a las consecuencias del bien compulsivo como a la tentación permanente a decidir por los otros, sobre todo cuando se trata de sujetos construidos, percibidos como vulnerables. En el caso de la infancia, la recurrente y permanente tensión entre los impulsos de la bondad compulsiva interpersonal o institucional y la autonomía progresiva de la infancia da cuenta mejor que nada de los problemas que aquí estoy señalando" (García, 2004, pp. 15, 16).

Y explica el mismo autor cómo se puede ir dando este fenómeno de retroceso, señalando que "durante siete décadas, 1919 a 1990, las leyes de menores fueron mucho más que una epidermis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el desarrollo y ejecución de la política social para la infancia pobre. Las leyes de menores fueron un instrumento legal determinante para legitimar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales. La policía, en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagradas en todas las constituciones de la región, se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de protección o de bienestar (...) En los últimos años, asistimos en América Latina a una disminución considerable en la calidad y cantidad de las políticas sociales

básicas, salud y educación, que incluso ciertos formalismos no logran disimular. (...) Lo que sucede es que el deterioro y disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas no se deja explicar por meros motivos económicos. Más allá de las dificultades crecientes para la determinación del volumen real del gasto social, la tendencia señalada anteriormente se verifica incluso en la paradójica situación de aumento del gasto social. (...) Es que el aumento de la cobertura de las políticas asistenciales y la disminución de las políticas sociales básicas parece explicarse con una lógica mucho más política que económica. (...) Mientras las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado, de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho más percibidas como prerrogativas de un gobierno, cuando no de un partido, frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dádiva" (García, 2007, pp. 44, 45).

Y vale la pena preguntarse si ello ha sido así en Chile, y en qué medida hasta hoy, cuando estamos a días de instalar ya en régimen, las primeras Oficinas Locales de la Niñez plenamente funcionales, asumiendo la protección administrativa universal y especial de derechos.

Pero han habido cambios importantes, sin lugar a dudas. Los niños y niñas son visibles hoy más que nunca, aunque falta mucho por avanzar, sin dudas se ha recorrido un camino notable en el reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos. En palabras de Gallego-Henao, "la nueva visión del niño o niña como un sujeto de derechos ha permitido un giro importante en la historia y en su reconocimiento como un ser social, con sentimientos, emoción y palabra"(Gallego-Henao, 2015, p. 162).

Así, históricamente invisibilizados, negados, borrosos e irrelevantes, pero protagonistas de sus tiempos, los niños, niñas y adolescentes fueron víctimas también de sucesivas clasificaciones y separaciones desde el Estado, con fines y miradas muy distintas a las que hoy se cimientan en la la ley 21.430, en una etapa que, me atrevería afirmar, está llena de contradicciones y esperanzas. Cuanto de invisible y negado se mantiene en este nuevo sistema, es una reflexión necesaria.

Antecedentes normativos: el Código Civil y su porfiada y molesta persistencia

A nivel normativo, es importante recordar lo que parece una pieza de museo, pero que de arqueológica y obsoleta tiene poco. Por el contrario, está muy vigente, y cobra toda relevancia el día de hoy: Nuestro Código Civil, y su vínculo con la infancia y la familia. Pese a sus orígenes decimonónicos, inspirado en tiempos e ideologías patriarcales, reservaba su pretendida "liberalidad" sólo para algunos privilegiados: hombres con patrimonio, y adultos. Infantes, menores adultos, incapaces absolutos e incapaces relativos, son categorías que utiliza para referirse a ellos y ellas, y su competencia para desenvolverse en los ámbitos del comercio y los actos civiles del patrimonio.

Sin embargo, estas nociones se encuentran con una realidad tan distinta. Adolescentes que son responsables penalmente desde los 14 años. Niños y niñas pequeños interactuando en el metaverso, redes sociales y videojuegos, ejecutando transacciones comerciales de todo tipo, son protagonistas de una renovada era digital del consumo post Covid-19. Y además, nuestra legislación, les reconoce derechos civiles y políticos, libertad de asociación, tutela judicial efectiva, debido proceso, acceso a la justicia. Al respecto, Mondaca ha sostenido que la categorización realizada por Andrés Bello en su Código Civil, es hoy por hoy obsoleta,

incongruente con la realidad y con la normativa adoptada por el Estado de Chile desde la Convención sobre Derechos del Niño, y por ello no es coherente acudir a sus nociones de “incapacidad absoluta o relativa”, porque son incompatibles con los estándares, principios y reglas que los niños, niñas y adolescentes tienen, en tanto sujetos de derechos: “aún persiste de un modo notorio la tendencia a tratar a los NNA exclusivamente como unos meros destinatarios de diversos ámbitos de protección jurídica. El panorama descrito puede explicarse en virtud de la siguiente consideración: en el ámbito contractual, es muy difícil recorrer un camino distinto, dado el claro tenor del Código de Bello con respecto a la disciplina de la capacidad y a la raigambre que estos preceptos han adquirido en los operadores jurídicos chilenos. El problema es que dicha regulación no se corresponde con la realidad actual de los NNA consumidores, en consecuencia, nos sumamos a la posición que sostiene que es necesaria una modificación de las reglas sobre capacidad contractual de los NNA. (...) Como es bien sabido, el régimen de capacidad patrimonial del Código Civil no ha sufrido mayores modificaciones legislativas (...) Por los motivos indicados, en este punto podemos concluir que la regulación de Andrés Bello sobre la capacidad de los menores de edad era acertada. En efecto, era adecuada para las características propias de la sociedad chilena del siglo XIX (y de buena parte del siglo XX), pero probablemente no lo es para el Chile actual: no es necesario desarrollar las diferencias que existen entre los infantes y adolescentes de 1857 y los de nuestros días. (...) En el ámbito extracontractual la situación es diversa. En esta área de la responsabilidad civil la capacidad se adquiere, tanto para hombres como mujeres, a los 16 años. Con todo, el menor de 16 años, pero mayor de 7 años, podrá ser considerado capaz o incapaz, según hubiese o no obrado con discernimiento, en conformidad a determinación que debe realizar el juez competente, según prescribe el artículo 2319 del Código Civil. Así, nuestro legislador ha entendido que existe mayor autonomía y grado de madurez a una edad más temprana en el ámbito aquiliano que en sede de obligaciones y contratos. (...) por las consideraciones y en los supuestos pertinentes, en los regímenes mencionados se ha reconocido un campo determinado de actuación de los NNA, en el que no pueden intervenir sus padres o representantes legales. ¿Por qué no puede ocurrir algo similar en materia de contratación, incluyendo, desde luego, a las transacciones del Derecho del consumidor? Como indicamos en su momento, los NNA del presente, obviamente, son muy diferentes de los del siglo pasado. Han adquirido un innegable mayor grado de autonomía, cuestión que debe ser reconocida por el Derecho (...) entendemos prudente profundizar en un debate que eventualmente conduzca al reconocimiento de un margen de capacidad más amplio para los NNA; la realidad nos conduce a ello(Mondaca, 2021, pp. 131, 132, 133, 135, 136)”

Hoy mismo, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas se encuentra en proceso de elaboración de su última Observación General, que será relativa al derecho al Acceso a la Justicia, cuestión de lo más relevante el día de hoy a propósito de los sistemas de protección administrativa y judicial. Pero ya la Observación General N° 25 le reconoce derechos en el espacio digital, lo que incluye ámbitos como el consumo y la publicidad, e incluso el deber del Estado de garantizarle el acceso a acciones colectivas en la materia: "44. Los Estados partes deben asegurarse de que todos los niños y sus representantes conozcan y tengan a su disposición mecanismos de reparación judiciales y no judiciales adecuados y eficaces para abordar las violaciones de los derechos de los niños en relación con el entorno digital. Los mecanismos de denuncia e información deberían ser gratuitos, seguros, confidenciales, receptivos, adaptados a los niños y disponibles en formatos accesibles. Los

Estados partes también deben prever las denuncias colectivas, incluidas demandas colectivas y los litigios de interés público, así como la prestación de asistencia apropiada, jurídica o de otra índole, por ejemplo mediante servicios especializados, a los niños cuyos derechos hayan sido vulnerados en el entorno digital o a través de este"(ONU, 2021, p. 9).

Pero seguimos con el Código Civil de Bello. La Ley 16.618 de menores, por increíble que parezca, sigue todavía vigente, a la espera de un proyecto de adecuación de la ley N° 19.968 a la Ley N° 21.430, Boletín N° 16286-07, que la derogaría, pero que lleva durmiendo una siesta de 10 meses, sin movimiento desde el 25 de octubre de 2023.

Pero, porqué es importante revisar a nuestro viejo conocido Código Civil, cuando hablamos de los sistemas de protección administrativa y judicial: porque si hablamos de protección de derechos en serio, hablamos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso y, en ello, las reglas de capacidad del Código Civil pueden afectar gravemente este asunto, pues se trata de un cuerpo normativo anquilosado en ideas que niegan al niño, niña o adolescente como sujetos de derechos, le privan de toda autonomía, y condiciona así sus derechos fundamentales, y lamentablemente, nuestra Ley 21.430 se remite al Código Civil, de manera directa o indirecta, permanentemente.

Hoy en día, si bien un bebé recién nacido, o niños y niña muy pequeños no estarán en condiciones de celebrar ciertos actos a plena conciencia de sus consecuencias, la verdad es que muchos de ellos, finalmente lo hacen, haciendo "touch" en la opción correcta. ¿Significa esto que no debemos protegerlos? Por el contrario, es necesario generar herramientas y criterios de protección, por supuesto. Pero no basta, o al menos no es suficiente, si queremos reconocerles como sujetos de derechos. Pues este es el gran avance, revolucionario, de la Convención sobre Derechos del Niño.

A propósito de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Ex Presidente de dicha Corte, Doctor Antonio Cançado Trindade, expone que "es sorprendente que, frente a este notable desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, todavía exista una corriente doctrinal que insiste en que la Convención sobre los Derechos del Niño se limita a crear obligaciones estatales (...) aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Es este, a mi juicio, el Leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño "como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección" (párr. 28). (...) la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad juridical (de ejercicio)"(CIDH, 2002, p. 104).

Una Protección Administrativa y Judicial

Comentarios generales

La ley 21.430 crea un sistema que se divide en dos grandes competencias: La competencia de protección administrativa, liderada por las Oficinas Locales de la Niñez, y la competencia de protección judicial, liderada por los Tribunales de Familia.

Para los Tribunales de Familia, sabemos que existe el derecho a la acción. No podemos afirmar que exista lo mismo para las Oficinas Locales de la Niñez, pues no son Tribunales, así que respecto de éstos, rige el derecho de petición.

Pero también pueden los niños, niñas y adolescentes concurrir directamente ante organismos de la administración del Estado. Parece muy adecuada la norma que así lo permite, y ordena a todos los Servicios Públicos brindarles la atención solicitada. Sin embargo, ello no es suficiente. Pensar que los niños, niñas y adolescentes, así considerados de manera unidimensional, se acercarán, por ejemplo, al Ministerio de Educación, o a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para reclamar porque se les cortó la luz, implica nuevamente, desconocer su calidad de sujetos de derechos, pues les desconoce su principal cualidad: se trata de sujetos y sujetas en pleno y constante desarrollo evolutivo, y poseen por tanto, diversos atributos, habilidades y competencias, conforme a su etapa de desarrollo, lo que se cruza además con otras condiciones o circunstancias, como son su género, una discapacidad, su educación, su idioma, su cultura, su condición de migrante, si vive en área rural o urbana, en situación de pobreza, entre otras. Es decir, ha de considerarse, para establecer la forma en que puede accionar o pedir, su autonomía progresiva, en el ejercicio de sus derechos. Y son los organismos del Estado, Tribunales y Oficinas Locales de la Niñez, los que han de adecuarse a sus particulares necesidades, y no al revés, por principio de servicialidad.

El acceso a la justicia es, por tanto, mucho más que afirmar que pueden los niños y niñas pueden ir y pedir. Significa estar preparados para ello. Y quizás mucho más que eso, ser proactivos, e ir donde los niños, niñas y adolescentes están, para buscarlos y ofrecerles en su entorno, el apoyo que requieran en distintos ámbitos. ¿Y donde están los niños, niñas y adolescentes? Claro, allí están, en el entorno digital.

Cuestiones orgánicas: Tribunales de Familia y Oficinas Locales de la Niñez

Los Tribunales de Familia han tenido, a mi juicio dos grandes reformas orgánicas, y estamos ad portas de una tercera. Las dos primeras son por supuesto, la que da inicio a su vigencia, la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y la segunda es la Ley N° 20.286 de 15 de septiembre de 2008, por la cual se introducen modificaciones orgánicas y de procedimiento. mediante esta última se trató de lograr una mejor organización y gestión de los tribunales de familia, al igual que procedimientos más expeditos y acordes con los requerimientos específicos que requiere la justicia de familia. Entre las principales modificaciones introducidas por esta ley fueron:

Aumentó el número de jueces (95 más), funcionarios y administrativos (640 más). Se reforzaron los juzgados de letras con competencia común en comunas más pequeñas. Se crearon unidades de cumplimiento o ejecución para cada tribunal. Se crearon los cargos de jefe de unidad de servicios en todos los juzgados de familia del país, y el de jefe de unidad de causas, en los juzgados de mayor tamaño. Se hace obligatoria la mediación para las causas sobre pensiones de alimentos, cuidado personal (tuición) y relación directa y regular

(régimen de visitas). Se hace obligatoria la mediación para las causas más demandadas: pensiones de alimentos, cuidado personal (tuición) y relación directa y regular (régimen de visitas). Esta mediación se hará en forma gradual en las distintas regiones. Obligación de comparecencia patrocinada por un abogado, salvo que el juez lo exceptúe expresamente por motivos fundados o que se trate de un procedimiento especial como la aplicación de medidas de protección; el procedimiento relativo a violencia intrafamiliar; actos no contenciosos y procedimiento contravencional. Establecimiento de nuevos "filtros" para la admisibilidad de denuncias, demandas y requerimientos. Escrituración de la demanda de la contestación y reconvencción ante el tribunal.

El Boletín N° 16286-07 en actual tramitación parlamentaria, incorpora 116 nuevos jueces y juezas de familia, así como 116 nuevos consejeros y consejeras técnicos, para reforzar la dotación y dar cumplimiento a los fines de la ley N° 21.430. Pero mientras no se apruebe, la próxima reforma orgánica que se viene a concretar, es la que se aproxima el 25 de agosto de 2024, con la entrada en vigencia del Reglamento de las Oficinas Locales de la Niñez en la parte que rige los procedimientos de protección administrativa, publicado el 24 de mayo de 2024 (en lo sucesivo, al referirnos a "Reglamento", siempre nos referiremos a este, "que determina los procedimientos detallados que las oficinas locales de la niñez, deberán seguir para el cumplimiento de sus funciones, en particular, el procedimiento para la apertura de procesos de protección administrativa y para la adopción de medidas de protección, entre otros, según lo previsto en la letra g), del artículo 66, de la ley n° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia").

Con este Reglamento ya en plena vigencia, es posible sostener que entra en régimen, donde existan, las Oficinas Locales de la Niñez, un nuevo órgano que vale la pena definir antes de continuar. En otra obra los defino como "organismos que debe establecer el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, "las que serán las encargadas de la protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de la promoción de éstos, la prevención de vulneraciones y la protección de sus derechos, tanto de carácter universal como especializada". Tendrán competencia territorial para actuar en la comuna o agrupación de comunas que un decreto supremo disponga, y desplegará su actuar mediante acciones de naturaleza administrativa. (...) Serán el brazo articulador de la protección administrativa de derechos de los niños, niñas y adolescentes, con fuerte presencia local, puerta de entrada de la protección universal y especializada de derechos y bisagra con el sistema de protección judicial"(Henríquez, 2023b, p. 125). En efecto, las Oficinas Locales de la Niñez tienen la aspiración de convertirse en el estandarte de la protección administrativa de derechos de la niñez y la adolescencia. Están muy lejos de ser las "OPD 2.0" que muchos creen ver en ella, pues debe conducir la satisfacción de derechos vulnerados, mediante los servicios que puedan prestar los distintos órganos del Estado, a nivel comunitario. Al menos, esa es su finalidad, otra cosa es si tendrá las herramientas para lograrlo.

En cuanto a su estructura, "deberán contar con un coordinador local, que hará las veces de jefatura, y un equipo multidisciplinario, cuya función será actuar como "gestores de casos". Es importante aquí señalar que la ley no exige que el coordinador o coordinadora, ni el equipo en particular, tengan una determinada profesión, pero el equipo debe tener integrantes de diversas y complementarias disciplinas, a fin de dar cumplimiento al carácter multidisciplinario que ordena la norma"(Henríquez, 2023b, p. 126). Las OLN no pueden contar con menos de tres personas, incluso en los lugares más despoblados. Esta es una

exigencia legal, pues si bien la norma no establece un número mínimo de integrantes, si señala que debe haber un coordinador o coordinadora, y un equipo multidisciplinario, lo que implica al menos dos integrantes más (gestores o gestoras), de diversa profesión. Por su parte, debe tratarse de personal competente, formado en el área de infancia y adolescencia, y cuya remuneración y condiciones laborales garanticen estabilidad y larga permanencia, para evitar la alta rotación, tan frecuente en ciertos programas de infancia, y la pérdida de recurso humano capacitado y experimentado. En este sentido, las OLN no pueden ser vistas como el primer paso profesional de un psicólogo o trabajador social, sino muy por el contrario, debiese ser al revés, y considerarse un espacio de consolidación y reconocimiento a la trayectoria, formación y experiencia. Todo lo contrario a lo que sucede hoy con las Oficinas de Protección de Derechos.

En cuanto a su dependencia, "tendrán una doble dependencia: administrativamente, dependerán de la municipalidad, que deberá suscribir sus contratos y, conforme a su ley, determinar la forma de pago de sus remuneraciones, jornadas y demás aspectos administrativos de su contratación, vigencia de los contratos y términos de los mismos. Y serán dependientes de la Subsecretaría de la Niñez, desde la perspectiva funcional, lo que implica que sus orientaciones técnicas, supervisión técnica, lineamientos generales y específicos de gestión de casos serán definidos por dicho organismo" (Henríquez, 2023b, p. 126). Este es un punto especialmente sensible, pues las OLN deben tener la autonomía suficiente para exigir que los organismos administrativos cumplan con sus deberes para con los niños, niñas y adolescentes, lo puede significar, en muchos casos, hacer tales exigencias, reclamos y acciones, en contra de dependencias, departamentos y órganos Municipales. Por otro lado, el desacople de la dependencia administrativa de la funcional, que está a cargo de la Subsecretaría de la Niñez, hace que las cuestiones prácticas que se ven en el día a día, no necesariamente se ajusten a las grandes directrices generalistas que emita la Subsecretaría.

Análisis general del Reglamento publicado el viernes 24 de mayo de 2024 y algunas críticas desde la doctrina.

En este apartado realizaré algunos comentarios generales del Reglamento, haciendo presente que se anexa una tabla con observaciones a todo su articulado.

El artículo 66 letra g) de la Ley 21.430 señala lo siguiente: "*Artículo 66.- De las funciones. Las Oficinas Locales de la Niñez deberán desarrollar la promoción, prevención y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de las siguientes funciones:*

g) Realizar el seguimiento y monitoreo de las medidas de protección de su competencia y de los planes de intervención contenidos en ellas, referidos en las letras e) y f) precedentes, así como 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 el plazo de doce meses contado desde la publicación de la presente ley, determinará los procedimien-

tos detallados que las Oficinas Locales de la Niñez deberán seguir en el cumplimiento de sus funciones, 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, los que, en todo caso, deberán respetar las garantías de un debido proceso y todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

El reglamento fue publicado el 24 de mayo de 2024, y la Ley 21.430 fue publicada el 15 de marzo de 2022, es decir, 26 meses después de publicada la Ley 21.430, y 14 meses después del vencimiento del plazo que estableció el legislador para su publicación.

La demora de 14 meses más allá del plazo prescrito por la ley tuvo implicaciones significativas en la efectividad y la credibilidad de la implementación de la ley N° 21.430. A continuación, se presentan algunas consideraciones sobre el efecto de este retraso:

- Impacto en la Protección de Derechos: El retraso en la publicación del reglamento generó un vacío en la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Durante este período, las Oficinas Locales de la Niñez que entraron en funcionamiento se vieron limitadas en su capacidad para actuar de manera proactiva y coherente, lo que podría haber llevado a situaciones de desprotección o a la aplicación de medidas no estandarizadas, o la sobrejudicialización de las causas.

- Razones y Responsabilidades: La falta de previsión o la ineficiencia en los procesos burocráticos no deben ser excusas aceptables para justificar el incumplimiento de los plazos legales, especialmente cuando están en juego los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

- Medidas Correctivas y Compensatorias: Ante la evidencia de este retraso, es pertinente cuestionar si se han adoptado medidas correctivas o compensatorias que busquen mitigar los efectos negativos de la demora. Además, se debe evaluar la necesidad de establecer mecanismos que aseguren la pronta rectificación de tales situaciones en el futuro, pensando en la próxima ley adecuatoria de la Ley N° 19.968 y futuros reglamentos.

Este retraso es sólo una evidencia más de los graves problemas de implementación de esta ley, que a diferencia de su par en el área penal, no tuvo implementación progresiva, presupuesto adecuado, programas de formación, leyes adecuatorias, órganos de evaluación y estudios, entre otros aspectos deficitarios.

Ahora bien, veamos si se han corregido algunas de las observaciones y advertencias formuladas por Estrada y Valenzuela a la orgánica y funcionamiento de las Oficinas Locales de la Niñez, autores que, me parece, han establecido las críticas más actualizadas hasta el momento. Los señalados autores indicaron, refiriéndose al numeral 4 del artículo 72 de la ley 21.430, 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" (Estrada & Valenzuela, 2023, pp. 72, 73).

Al respecto, el Reglamento establece en su artículo 19 lo siguiente: "*Representación jurídica del niño, niña o adolescente. En los procedimientos regulados en este reglamento, el niño, niña o adolescente tendrá derecho a contar con representación jurídica en los términos*

señalados en el artículo 50 y numeral 5 del artículo 72, ambos de la ley, para cuyos efectos la Oficina respectiva lo derivará a la oferta de representación disponible en el territorio, cuando corresponda". Este artículo asegura la representación letrada de los niños, niñas y adolescentes que sean sujetos de protección de este procedimiento. El programa debiese ser "La niñez se defiende" de la Corporación de Asistencia Judicial. Sin embargo, no existe sanción de nulidad en caso que no se cuente con esta representación letrada, como si sucede en el procedimiento proteccional ante Tribunales de Familia (artículo 18 de la Ley 19.968).

No existe en el Reglamento disposición alguna que se refiera de manera expresa al debido proceso o a las garantías del mismo, salvo lo ya indicado, por lo que me atrevería a afirmar que la crítica de los autores referidos, se mantiene. Aquí es necesario recordar lo que he sostenido en otro trabajo, sobre los aspectos y garantías exigibles del debido proceso en el ámbito administrativo, y que son plenamente aplicables a este procedimiento: "podemos definir un procedimiento administrativo sancionatorio respetuoso de la dignidad humana, como aquel que considera al ciudadano como un sujeto de derechos, que no puede ser utilizado como medio para conseguir fines políticos, bajo fundamento alguno, y que requiere para su materialización, del irrestricto respeto al derecho a formular peticiones, a ser oído y que su opinión sea debidamente considerada, a ser asistido por un abogado, a la revisión de la decisión por un superior jerárquico, a ofrecer y rendir prueba, y a iniciar un proceso para impugnar la decisión administrativa ante un tercero imparcial, imparcial e independiente" (Henríquez, 2023a, p. 11). A lo anterior debemos agregar el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito administrativo, que ha de definirse como la "garantía procesal y administrativa de brindar un efectivo reconocimiento y goce de los derechos de las personas, atendiendo siempre a la especial condición que detentan, en tres niveles: acceso, proceso y ejecución efectiva" (Henríquez, 2023c, p. 4). Nada de esto se ha expresado con claridad en el Reglamento.

Otra observación formulada por Estrada y Valenzuela, dice relación con los apremios que se pueden decretar en caso de que "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 (...) 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" (Estrada & Valenzuela, 2023, p. 64).

Al respecto, el artículo 31 del Reglamento aclara que los apremios que se pueden decretar son multas o arrestos, conforme lo dispone el artículo 72 de la Ley 21.430: "Por su parte, en los casos en que se impida la ejecución de una medida administrativa de protección por acción u omisión de terceros, podrá la Oficina Local de la Niñez, solicitar al Tribunal de Familia competente el auxilio de las policías para la ejecución de la medida, apercibirlos con multas o arresto, según lo prescrito en el inciso final del artículo 72 de la ley". Si acaso este tipo de solicitudes se verán por despacho o en audiencia, no está claro, pero por principio de oralidad, en caso de solicitarse, bien podría realizarse, aunque ha de tenerse en cuenta, que siendo una cuestión de apremio, debe ser oportuna, y por tanto si la agenda del tribunal no se condice con esa urgencia, solicitar la audiencia puede frustrar el fin que se pretende alcanzar.

Para finalizar esta parte, revisaremos lo que puede ser uno de los puntos centrales de la puesta en marcha de este sistema de competencias proteccionales administrativas y judiciales,

y que bien resumen críticamente Estrada y Valenzuela: "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"(Estrada & Valenzuela, 2023, p. 74).

Para revisar como se responde esta crítica desde el Reglamento, es útil mirar primero el Protocolo de Comunicación entre las Oficinas Locales de a Niñez y los Tribunales de Familia.

El señalado protocolo indica que "*Corresponderá a la OLN transferir o remitir por incompetencia el conocimiento total de un caso desde la sede administrativa a la judicial. En situaciones de amenaza o vulneraciones de derechos, en que la protección judicial sea imprescindible, ha tendido los supuestos previstos en los incisos segundo de los artículos 68 y 71 de la Ley de Garantías. En estos casos, la OLN deberá iniciar una causa de protección judicial invocando en el requerimiento uno o más causales establecidas en el artículo 71 que la hacen incompetente para conocer el caso. En estos casos, la OLN deberá indicar, de forma fundada, en qué consiste el impedimento, incumplimiento o falta de adhesión y los antecedentes que la configuran. Se hace presente que la OLN regula lo anterior en los artículos 10 y 32 del Reglamento sobre Procedimientos*".

No se entiende la remisión al artículo 10 del Reglamento, pues éste se refiere a las formas de ingreso de casos a la OLN. Sin embargo, respecto del artículo 32, resulta del todo pertinente. Este señala lo siguiente: "*Corresponderá transferir el conocimiento total de un caso desde la sede administrativa a la judicial, en situaciones de riesgo, amenaza o vulneraciones de derechos en que la protección judicial sea imprescindible, atendido los supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 71 de la ley. Para los efectos de lo señalado en los numerales 2 y 3 del artículo 71 de la ley, se entenderá que existe falta de adherencia al plan de intervención en los casos en que los sujetos de atención no comparecen a la OLN o a los programas o servicios derivados por motivos que le son imputables, y se entenderá que se configura un incumplimiento como grave, reiterado e injustificado al fracasar las instancias promovidas por la OLN en conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 12 de este reglamento. La decisión de transferir el caso al tribunal será adoptada por el o la coordinadora local de la Oficina mediante resolución fundada y será remitida en el más breve plazo junto a todos los antecedentes del procedimiento de protección, mediante el sistema d e información que se disponga para interoperar o comunicarse con el tribunal. Esta*

resolución deberá ser notificado conforme al artículo 21 del presente reglamento a los sujetos de atención y puesta en conocimiento al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia respecto de las medidas de protección especializada que esté ejecutando, en su caso. Sin perjuicio de lo señalado en este título y de conformidad con lo establecido en la ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, en el ejercicio de sus funciones, la OLN podrá poner en conocimiento del Tribunal de Familia los antecedentes que obren en su poder para iniciar un procedimiento de protección judicial regulado en el título IV de la mencionada ley, en los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales. Por su parte, transferido un caso desde la sede judicial, la OLN iniciará la atención y de conformidad con los resultados del diagnóstico biopsicosocial, determinará el procedimiento más idóneo para abordar la situación de acuerdo con lo establecido en el título II del presente reglamento. De recibir un caso en que conste un diagnóstico clínico especializado, se iniciará un procedimiento de protección administrativa omitiendo la realización del diagnóstico biopsicosocial. En estos casos, el procedimiento tendrá la calidad de universal de no contar con un plan de intervención individual, y la calidad de especializado cuando el diagnóstico clínico especializado acompañe dicho plan, procediendo inmediatamente al proceso de aprobación, de conformidad a lo establecido en el artículo 23 de este reglamento".

En opinión de quien escribe, la transferencia de casos se refiere en realidad a una cuestión de competencia absoluta, pues por ley, hay ciertas materias que son de exclusivo conocimiento de los tribunales de familia. Los casos de incumplimiento grave o reiterado, de medidas de protección administrativa de carácter universal, se configuran “ al fracasar las instancias promovidas por la OLN en conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 12 de este reglamento”, es decir, si después de fracasadas las medidas para superar los obstáculos o resistencias, se mantiene el incumplimiento grave o reiterado, de manera injustificada, haciendo fracasar los objetivos trazados en el plan. Pero es necesario recordar que la ley en el numeral 3 del artículo 71 exige que, además de este incumplimiento, se requiera "continuar con el procedimiento de protección en sede judicial" en atención al interés superior del niño, niña o adolescente. Es decir, es posible que este fracaso de la medida no amerite una intervención judicial, si ésta no se sostiene en su interés superior.

Por su parte, las medidas de protección administrativa especial, es decir, aquellas que requieren intervención de programas del Servicio Nacional de Protección Especializada, pueden ser judicializadas si se da lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 71, es decir “ Si la intervención en un caso de protección administrativa especializada se ve frustrada durante la etapa de implementación y seguimiento por la no adherencia al plan de intervención ”. La “no adherencia” consiste en los casos en que los sujetos de atención no comparecen a la OLN o a los programas o servicios derivados por motivos que le son imputables ”. Pero, nuevamente, esta derivación sólo opera luego de fracasados los intentos del gestor o gestora de superar las resistencias y obstáculos para cumplir con el plan de intervención.

Cada vez que se transfiera un caso, se deberá notificar a los intervinientes, así como al programa del Servicio Nacional de Protección Especializado que esté interviniendo.

Es importante aquí, entender que la mera ausencia de voluntariedad inicial, nunca puede justificar una remisión a tribunales de familia, sosteniendo en ella una supuesta falta de adherencia o incumplimiento. Es absolutamente esperable que, en muchos casos, una resistencia inicial a la intervención se pueda presentar, y es tarea de la OLN generar

estrategias de motivación e instancias de conversación e información, para aclarar dudas, despejar temores infundados, y facilitar la adhesión a la intervención y el cumplimiento del Plan de intervención individual. Asimismo, es relevante comprender que las personas se desempeñan laboralmente en horarios rígidos que no les permiten asistir a entrevistas a cualquier hora en la mañana o en la tarde, y por ello, las citaciones deben adaptarse a esa realidad. Finalmente, la perspectiva de género ha de tenerse en cuenta, pues si quien debe asistir a las citaciones es, además, mujer, madre y cuidadora, su carga de trabajo y responsabilidad muchas veces le impedirá concurrir a las citaciones, y ello no puede implicar ser sancionada con falta de adherencia o incumplimiento, pues equivaldría a una discriminación contra la mujer, en razón de su género. Este examen vale tanto para la derivación a Tribunales de Familia por incompetencia (o transferencia como dice en el Protocolo), como por aplicación de medidas de apremio.

El estudio del cumplimiento de los requisitos necesarios para acoger un caso derivado desde una OLN, corresponde al propio Tribunal de Familia que lo recibe. El protocolo referido señala al respecto que "si el tribunal considera que no se dan las hipótesis previas, se declarará la inadmisibilidad y se devolverá la causa a la OLN, en cuyo caso este organismo administrativo analizará los antecedentes para determinar el curso de acción a seguir, pudiendo iniciar un procedimiento a su cargo, continuar el iniciado o procediendo con el archivo si estima que se han agotado las medidas de competencia y, en este último caso, se comunicará al tribunal".

Y ahora sí, sólo nos queda decir algo de las derivaciones desde Tribunales a las OLN, a las que hace mención el mismo artículo referido.

Cuando la transferencia se realice desde el Tribunal de Familia a la OLN, ésta lo iniciará con el respectivo diagnóstico biopsicosocial, salvo que ya venga con un diagnóstico clínico especializado, en cuyo caso se omitirá el primero. Se entiende que, si se transfiere el caso, y el tribunal había derivado al DCE para la elaboración del diagnóstico, pero éste no había finalizado, la OLN deberá esperar que el DCE evacúe su diagnóstico, omitiendo igualmente la realización del diagnóstico biopsicosocial, el cual deberá realizar igualmente con posterioridad.

Si la derivación a la OLN no acompaña el plan de intervención individual, se tramitará como si fuese una medida de protección universal. En cambio, si tiene ya un plan de intervención, se tramitará con las reglas de las medidas de protección administrativa especializada.

Sólo quisiera además mencionar que la derivación de casos desde Tribunales de Familia a las Oficinas Locales de la Niñez, concurriendo los requisitos para ello, no es una cuestión facultativa, sino un deber legal del juez o jueza, tal como lo prescribe el artículo 71 inciso primero de la Ley 21.430: "La sede judicial derivará obligatoriamente a protección administrativa todos los casos que, en atención a los antecedentes que obren en su poder, no requieran de medidas judiciales para la oportuna y adecuada atención del niño, niña o adolescente, mediante una resolución fundada, cualquiera sea el estado de la causa. En estos casos, las Oficinas Locales de la Niñez tendrán la obligación de iniciar la gestión del caso en el plazo mínimo posible según lo establecido en el reglamento mencionado en el artículo 65".

Esta norma legal, se debe aplicar con preferencia a cualquier otra de rango inferior que prescriba otra cosa. Así sucede con el Artículo Único Transitorio del reglamento, que señala: "Sin perjuicio de lo anterior, la Oficina Local de la Niñez conocerá los casos que se

refieran a situaciones en que se requiera protección especializada que le sean transferidos, de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 10 del presente reglamento, siempre que no hayan sido admitidos a tramitación en sede judicial con anterioridad a la entrada en vigencia del procedimiento de protección administrativa regulado en el título IV de este reglamento. Así, en caso contrario, esto es, de haberse admitido a tramitación en el Tribunal competente con anterioridad a la entrada en vigor del referido título IV, será dicho Tribunal quien continuará conociendo el caso y su resolución".

Claramente, la disposición transitoria del Reglamento es contraria al deber legal que pesa sobre jueces y juezas, y no tiene jerarquía sobre éste, ni podría pretender modificar reglas de competencia, que son de exclusivo conocimiento del legislador, conforme lo establece nuestra Constitución. Extraña que una disposición abiertamente contraria a expresa disposición legal haya sido visada por Contraloría General de la República, pero pese a ello, es palmaria su improcedencia, de la que solo cabe concluir que no se puede limitar el deber del Juez o Jueza de Familia de derivar los casos que deban ser conocidos por las OLN, a condiciones que no han sido establecidas por la ley.

Existen también otras derivaciones que trata el Reglamento y el Protocolo, como aquellas destinadas al seguimiento de casos, posteriores al egreso de medidas de protección, y respecto de intervención simultánea en Tribunales de Familia y OLN. Sin embargo, sólo las dejaré mencionadas para abordar con mayor profundidad en otra oportunidad.

Criterios de determinación de competencia judicial y administrativa. Las dudas persisten.

Si se observan las disposiciones contenidas en la ley, en especial en su Título III, párrafos 3° y 4°, nos daremos cuenta que las disposiciones que distribuyen la competencia proteccional por la vía administrativa y judicial, otorgan por regla general el conocimiento de sus materias a la vía administrativa, y de forma residual, a la vía judicial¹. Pero el criterio o función de distinción entre ambos caminos, salvo algunas excepciones, es insuficiente para discernir un camino de otro: se trata de las medidas que se pueden adoptar. Este criterio equívoco, postula que, dependiendo de la "medida" que se adopte, se define uno u otro camino. Pero el problema es que las "medidas" a adoptar son el producto, el resultado de un procedimiento que se abre por una razón que puede estar muy lejos de la medida que finalmente se adopte. Es decir, se sabe cómo se empieza, mas no cómo se termina. Illanes y Contreras coinciden en este punto, al preguntarse "¿cómo entender que la competencia pueda quedar determinada por el tipo de intervención requerida, si la adopción de medidas de protección -sean administrativas o judiciales- están concebidas por la propia ley como el resultado de un procedimiento justo y racional?" (Illanes & Contreras, 2022, p. 334).

Examinemos este asunto. Los artículos 68 y 71 de la Ley 21.430 fijan las siguientes materias de conocimiento de los tribunales de Familia:

- Limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores

¹Esta parte se basa en la presentación de la ponencia "¿Qué camino tomar? Protección Judicial y Administrativa en la Ley de Garantías y Derechos de la Niñez y Adolescencia de Chile", realizada en el VI Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia. Henríquez, S. (2022, octubre 15). ¿Qué camino tomar? Protección Judicial y Administrativa en la Ley de Garantías y Derechos de la Niñez y Adolescencia de Chile. 5 Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia, Concepción, Chile. Zenodo. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7218026>

- Suspensión de su derecho a vivir con su familia
- Determinación de cuidados alternativos
- Término de la patria potestad
- Adopción
- Aplicación de multas o apremios ante incumplimientos de los progenitores
- Niños, niñas y adolescentes con necesidad de protección internacional

Salvo los tres últimos puntos mencionados, los anteriores no son materias o “asuntos” a conocer, sino mas bien “medidas” que se pueden decretar. Pero una causa puede iniciarse con antecedentes muy graves, y no terminar en estas medidas, o bien puede iniciarse con antecedentes que dan cuenta de una situación menos grave, y acabar terminando con las medidas más gravosas. El resultado, la medida, no puede servirnos de guía para determinar qué vía será la más adecuada, la administrativa o la judicial.

El asunto se complica más si examinamos el artículo 71, al establecer la “obligación” del juez o jueza de familia de derivar a sede administrativa todos los casos que no requieran de “medidas judiciales”. Esto implica que el tribunal “deja de conocer” un asunto que ha llegado a su conocimiento, en cumplimiento de un deber legal de remisión de los antecedentes a la Oficina Local de la Niñez, lo que constituye una verdadera resolución de incompetencia absoluta, pues ya no se trataría de una cuestión jurisdiccional, sino administrativa. Pero ¿cómo podría el juez o jueza de familia realizar esta “derivación” sin violar el artículo 76 de la Constitución Política de la República, si el criterio de remisión es, nuevamente, la “medida” y no la “materia”? ¿Cómo sabrá el juez o jueza de familia que el asunto que conoce, terminará con una medida administrativa y no judicial, antes de tramitar completamente la causa y convencerse de aquello? Pues si no está seguro o segura de ello, debe seguir conociendo, por mandato constitucional.

Veamos el asunto a la inversa, cuando es la Oficina Local de la Niñez la que debe remitir los antecedentes al Tribunal de Familia competente.

- Si la medida a adoptar es de competencia exclusiva de los tribunales de familia.
- Si hay falta de adherencia al plan de intervención de un caso de protección administrativa especializada.
- Si hay incumplimiento grave o reiterado de un caso de protección administrativa universal.
- Cuando 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 universal o especializada, se trate de medidas de exclusivo conocimiento de tribunales de familia, y que haya existido un incumplimiento grave y reiterado de la medida administrativa.

Salvo los casos de incumplimiento, en los restantes vuelve a reiterarse el problema ya referido: la “medida” no sirve para distinguir si la materia es de competencia de protección judicial o administrativa. Por otra parte, la derivación a sede judicial por incumplimiento, deja abierta la pregunta si acaso el tribunal de familia debe limitarse a realizar los apremios por incumplimiento, o debe entrar a conocer sobre el fondo. Y si debe conocer del fondo del asunto, ¿no asume su conocimiento total?

Propuesta de un criterio para definir competencia que guíe al tomador de decisiones, sea juez, jueza, coordinado o coordinadora de OLN

Este es un tema que he abordado anteriormente, en otro trabajo (Henríquez, 2022, pp. 6, 7). Mirando lo que se ha avanzado, por supuesto hay muchos temas que se han precisado, sobre todo con los Reglamentos de las Oficinas Locales de la Niñez y el Protocolo. Pero ninguno de estos instrumentos pueden corregir o suplir al legislador, por lo que, en lo grueso, las dudas planteadas en aquel entonces, persisten, y sólo podrán ser aclaradas mediante la adecuación de la Ley N° 19.968 a la Ley 21.430, proyecto de ley que por el momento, duerme su inoportuna siesta en el Congreso. Estrada confirma esta falta de precisión, señalando: "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 crítica 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 esas hipótesis que no requieren de medidas judiciales. Al parecer el legislador ha confundido materias que «requieran de medidas judiciales», con «materias de exclusiva competencia» de los tribunales de familia (art. 68.2)" (Estrada Vásquez, 2023, p. 347).

El Reglamento y el recién aprobado Protocolo que regula la derivación de casos entre Tribunales de Familia y Oficinas Locales de la Niñez, no resuelven este problema, y sólo se encargan de describir de qué forma se materializa el traspaso de casos. Aunque, respecto de ciertos asuntos, como lo que se entiende por "falta de adherencia", "incumplimiento grave o reiterado", que son expresiones usadas por el legislador para que los Tribunales de Familia apliquen medidas de apremio, hay algunas novedades como las ya revisadas en el punto anterior. Más allá de eso, matengo mi propuesta, a modo de guía para quien deba tomar una decisión que deba determinar la sede de conocimiento de un asunto de naturaleza proteccional, por lo menos, hasta que una solución legislativa, como la propuesta en el Boletín N° 16286-07, pueda aclarar más el asunto.

Lo que sigue entonces, es una propuesta de estándares racionales, para determinar si una causa proteccional debe ser conocida por la sede administrativa o la sede judicial, de conformidad a cuatro criterios que paso a describir:

El primer criterio consiste en la protección administrativa como regla general, lo que implica por supuesto, que la protección judicial es la excepción. Esto debido a los factores que se indican: es toda la Administración del Estado la obligada a garantizar el efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, son especialmente relevantes aquí los principios de inexcusabilidad, priorización y prohibición de discriminación arbitraria¹². Siendo los Tribunales dependientes del Poder Judicial solo una parte de los servicios que presta el Estado, se entiende que por tanto sólo una parte específica le corresponde en la protección de derechos. El segundo criterio dice relación con el alcance de las medidas que

se puedan adoptar, pues la protección administrativa puede realizar protección universal de derechos, o bien protección especial de derechos, y los tribunales solo podrán realizar protección especial de derechos. El tercero dice relación con el impacto de las medidas que se pueden adoptar, pues las más gravosas sólo podrán ser adoptadas por Tribunales de Familia, comprendiendo entre ellas las que separan a uno de los miembros de la familia, o implican la internación en residencias o familias de acogida, mientras que las medidas de protección administrativas a lo sumo implican el ingreso y la intervención de programas ambulatorios. El cuarto corresponde a la especial naturaleza coordinadora que tendrán las Oficinas Locales de la Niñez, que les habilitarán para generar redes de protección, así como vínculos con los diversos Servicios del Estado, cuestión que podrá hacer mucho mejor que los Tribunales de Familia, cuya única función es ejercer jurisdicción.

De esta manera, quien deba tomar la decisión de derivar un asunto a sede de protección administrativa o judicial, deberá responder las siguientes preguntas:

1. ¿El derecho vulnerado se satisface con alguna prestación del Estado distinta del ejercicio de la jurisdicción?
2. ¿La eventual medida de protección excluye la posibilidad de separar a la familia, internar en una residencia o familia de acogida, adopción o cambio de cuidado personal?
3. Las medidas a adoptar, ¿implican una coordinación con diversos servicios de la administración del Estado, además de programas de protección especializada?
4. Las medidas necesarias para proteger el derecho vulnerado, ¿son de carácter universal?

Si la respuesta a todas estas preguntas es “sí”, inequívocamente el competente para conocer del asunto será la Oficina Local de la Niñez. Si la respuesta a la pregunta 3 es “no”, pero todas las otras preguntas, 1, 2 y 4 son contestadas con un “sí”, el competente es la Oficina Local de la Niñez. Si la respuesta a la pregunta 4 es “no”, pero las preguntas 1, 2 y 3 se responden afirmativamente, el competente sigue siendo la Oficina Local de la Niñez. Si la respuesta a cualquiera de las preguntas 1 o 2 es “no”, el competente para conocer es el Tribunal de Familia.

Perspectiva de género. ¿Dónde dice usted?

La ley 21.430 contrario a lo que se pueda sostener, no tiene perspectiva de género. Tampoco sus Reglamentos. En relación a estos últimos, incluso refuerzan estereotipos de género que asocian a la mujer a las labores de crianza y de cuidado, tal como veremos.

Al respecto, Moraga señala que "hablar de niñas y adolescentes es hablar de género. Las diferencias anatómicas que presentan los niños y las niñas son vistas como condicionantes para el modelamiento de una identidad diferenciada, erigida sobre una construcción cultural y social y que se evidencia en roles, comportamientos, valores, gustos, temores, rasgos de personalidad, red de creencias, actitudes, conductas, autovaloraciones y posiciones, todo lo cual se va incorporando a través de la socialización temprana como pautas de crianza en el ámbito familiar y termina internalizado como prácticas sociales, produciendo entre lo femenino y lo masculino diferentes culturas"(Moraga, 2022, p. 115).

Pero si bien la Ley 21.430 reconoce a niños, niñas y adolescentes el mismo estatus de protección, lo cual ya es muy positivo, y de hecho lo menciona expresamente en su artículo 13, lo cierto es que, en rigor, no se abordó de manera específica la violencia de género en contra de las niñas y mujeres adolescentes, lo que se explica porque en verdad, faltó un enfoque de género en la tramitación de esta ley, tal como la misma autora lo destaca: "El enfoque de género estuvo ausente del trabajo legislativo de la Ley sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, lo que favoreció la invisibilización de las estructuras de género y obvió las desigualdades y discriminaciones que de allí se derivan. El envío de un proyecto de ley al Congreso con expresa exclusión de las niñas y las adolescentes ya nos presentaba el planteamiento de un discurso carente de posición política ante las cuestiones de género y, aunque fue cambiando durante su tramitación, no logró convertirse en mucho más que en el reemplazo del término niño por los de niños, niñas y adolescentes" (Moraga, 2022, p. 139).

Por su parte, la redacción del Reglamento en estudio tampoco consideró el enfoque de género, reforzando estereotipos que vinculan los roles de crianza y cuidado a las mujeres, y ello se puede ver claramente en su artículo 22, cuando en su inciso final prescribe: "*La sesión se realizará estando presente el niño, niña o adolescente y su cuidador principal. De haber sido citados otros sujetos de atención sin que hayan comparecido, se atenderá a la estrategia de intervención, definida según el interés superior del niño, niña o adolescente siendo atendido, para evaluar la necesidad de reiterar citaciones. De no comparecer ningún cuidador o fracasada la instancia de búsqueda de acuerdos, el o la gestora del caso evaluará acciones que propendan a superar las dificultades y/o adoptará una medida urgente de protección administrativa, de conformidad a lo señalado en el inciso quinto del artículo 12 y artículo 28 de este reglamento, respectivamente; o de ser necesario, transferirá el caso a los tribunales de familia, según lo dispuesto en el artículo 32 del presente reglamento*".

Esta disposición hace vista gorda de un hecho cultural bastante evidente: las cuidadoras principales son, actualmente, mujeres. Y pretender citar al "cuidador principal", como si fuese indistintamente un hombre o una mujer, implica desconocer que realmente se trata de una mujer, reforzando roles asignados al sexo, en contra de la corresponsabilidad parental que legalmente debe exigirse a ambos progenitores. Aún más, la disposición castiga a la mujer en caso que no concurra, estimando que tratará esta inasistencia como causal para derivar a Tribunales de Familia, sin considerar la doble carga laboral a la que se ve sometida, así como la posibilidad de exigir la corresponsabilidad parental pertinente.

Para la OCDE, "los datos recientes del SIGI (El Índice de Género e Instituciones Sociales por sus siglas en inglés) muestran que, en promedio, el tiempo que las mujeres de América Latina y el Caribe le dedican al cuidado y al trabajo doméstico no remunerado es tres veces mayor a los hombres. (OECD, 2020). En Chile, en promedio las mujeres dedican 21 horas más a estas labores que los hombres, según las últimas cifras disponibles (...) la magnitud de la brecha en Chile es mayor que la media de la OCDE. (...) las niñas adolescentes realizan más trabajo no remunerado y los chicos adolescentes más trabajo remunerado en Chile. (...) En Chile, casi la mitad de las parejas con hijos menores de 15 años incluyen a un progenitor que trabaja a tiempo completo y otro que no trabaja de forma remunerada. Esta proporción es muy superior a la de los 29 países de la OCDE de los que se dispone de información, que, por el contrario, tienen una proporción mucho mayor de parejas en las que ambos padres trabajan a tiempo completo o en las que uno de ellos trabaja a tiempo

completo y el otro a media jornada. (...) Inclusive las madres solteras no suelen trabajar de forma remunerada en Chile, como revela el hecho de que aproximadamente un tercio de los padres solteros, la mayoría de los cuales son mujeres, no trabajan"(OECD, 2021, pp. 26, 27).

Brindar una perspectiva de género a estas normas no es, por tanto, algo dado, algo que se pueda suponer de la simple lectura de los textos normativos. En otro trabajo, propongo enlazar, interpretar el artículo 13 de la Ley 21.430, con la noción de dignidad humana y, por medio de ella, acudir a los textos normativos de derechos humanos que nos permiten enriquecer la mirada, aportando una perspectiva de género. "Esta disposición está claramente vinculada a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La perspectiva de género es una política pública, mainstreaming que permea el actuar de todas las actividades del Estado, y con mayor razón cuando se trata de los niños, niñas y adolescentes. (...) Recordemos que el género es parte esencial de la identidad de los seres humanos, y que, por tanto, es integrante del núcleo duro de la dignidad humana. (...) La dignidad humana se define así como aquella cualidad que hemos consensuado políticamente, que radica en cada ser humano, que resulta indivisible, irrenunciable e indisponible, y que lo coloca en un estatus jurídico y político superior a cualquier otra consideración, siendo, por tanto, su protección el objeto de toda política pública y de cualquier decisión que se adopte y afecte a cualquier ser humano, y su materialización implica el efectivo goce y reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos y vigentes en nuestro sistema jurídico. (...) su contenido se fija en los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de la misma naturaleza, derechos fundamentales reconocidos a nivel nacional e internacional, que se encuentran incorporados en nuestro sistema jurídico. Entre estos, claramente se encuentran la CEDAW y la Ley N° 20.609 en nuestro derecho interno, entre otros"(Henríquez, 2023b, pp. 35, 37, 38).

Usando este mismo argumento, podemos enlazar la recientemente publicada Ley 21.675 que "Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género" a la ley 21.430 y el Reglamento de la Oficina Local de la Niñez, y su Protocolo, a la hora de aplicar las medidas de protección judicial y administrativas que correspondan, en particular en lo que se refiere a la violencia de género, y su abordaje respecto de niñas y adolescentes, a quienes reconoce expresamente como mujeres susceptibles de ser víctimas de dicha violencia. Esta Ley 21.675, de hecho se remite también de manera directa a la ley 21.430, en tanto se vean vulnerados los derechos de niños, niñas y adolescentes a causa de la violencia de género que se pueda producir, y por tanto, es del todo pertinente incorporar de manera hermenéutica, y por que no, también normativa, sus definiciones, situaciones de riesgo y medidas cautelares, al ámbito proteccional judicial y administrativo, en tanto sea aplicable. De esta manera, daremos realmente un enfoque de género a estos cuerpos normativos, del cual carecen en una mirada inicial, y nos ocuparemos de hacer efectiva la correspondabilidad parental, antes de activar la remisión a los Tribunales de Familia por falta de adherencia o incumplimiento del Plan de Intervención, por ejemplo.

Problemas de implementación.

Hay serios problemas de implementación de las Oficinas Locales de la Niñez, que se pueden ver a simple vista. Sólo en la Región Metropolitana, hay una mezcla de Oficinas de Protección de Derechos y Oficinas Locales de la Niñez, que se traducirán en una desigual aplicación de la ley en territorios que se separan tan solo por una calle.

Así, en otro trabajo he señalado que "la desigual implementación por etapas de las oficinas locales de la niñez y los programas de diagnóstico clínico especializado, unido a la permanencia de programas de diagnóstico ambulatorio, que conviven en una misma región o territorio, ha hecho mucho más desordenado y confuso el sistema, durante estos primeros dos años de vigencia de la ley" (Henríquez, 2024, p. 21).

Por otro lado, Las Municipalidades se vieron envueltas en este proceso institucional, sin la necesaria preparación. De repente, cual apéndice, aparece un nuevo órgano municipal. ¿Qué relevancia tiene dentro de su orgánica, y más aún qué nivel de autonomía tendrá, cuando deba accionar en contra de alguna de sus unidades? ¿Será que siguen siendo vistos como la OPD, pero con un poco más de burocracia?

Finalmente, las OLN deberán liderar los procedimientos proteccionales en el ámbito administrativo, y para ello deberán coordinar con la red de servicios, los insumos necesarios para llevar adelante su tarea. ¿Podrán pedir certificados de redes familiares al Registro Civil? ¿Podrán pedir piezas de una ficha clínica amparada por la ley de derechos y deberes de los pacientes? ¿Podrán recabar información de una causa penal en investigación desformalizada ante el Ministerio Público? Hay una serie de cuestiones de orden legal, pero también cultural, que les dificultará mucho su actuar, para recibir información pertinente y así tomar decisiones acertadas en sus casos, que no por ser administrativos, serán menos complejos.

Conclusiones: Los primeros pasos que daremos el 22 de agosto

Hay grandes expectativas sobre lo que se espera de las Oficinas Locales de la Niñez. Se espera que bajen la carga de trabajo de los Tribunales de Familia porque, en rigor, éstos últimos sólo debiesen conocer de lo más grave. Se espera que conduzcan la protección administrativa universal y especial de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, promoviendo el respeto y consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en toda la administración del Estado, a nivel regional y comunal. Se espera, en definitiva, que sean un nuevo paso, en la protección de sus derechos.

Sin embargo, estas expectativas están en entredicho, pues no está del todo claro el flujo de derivación de casos entre los sistemas de protección judicial y administrativo, y la carga que en definitiva representará para cada uno. Por otra parte, los criterios para derivar desde las OLN a Tribunales de Familia, se ha visto, pueden variar, dependiendo de la subjetividad del coordinador o coordinadora de turno, pues careciendo de formación adecuada, la divergencia de criterio, seguramente campeará.

Asimismo, la falta de recursos, de priorización, de formación profundizada, además de la incoherencia normativa que se evidencia en nuestro sistema, hacen más sombrío este análisis. Sin embargo, no hay que desanimarse, pues el camino iniciado en 1990, siempre ha tenido este devenir. La infancia en nuestro país nunca ha sido una prioridad, salvo en bellos discursos y frases maqueteadas para twittear o la foto del instagram, la realidad es que la carencia, el olvido, el encierro y la negación, siempre han sido el sello de las niñeces. La diferencia, la hacen los propios niños y niñas, las y los adolescentes, y por supuesto, ustedes.

Son ustedes los que pueden mantener la visión del niño, niña o adolescente como un sujeto o sujeta de derechos. Ustedes los que pueden tensionar el lenguaje y las formas, para exigir la inclusión y el enfoque de género. Son ustedes los que pueden estar atentos y atentas, para advertir que, pese a que diga "no hay voluntariedad para seguir con la intervención",

exijan que se acompañen los comprobantes de que se hayan hecho los esfuerzos para motivar y superar las reticencias iniciales.

Ustedes los que pueden denunciar que, aún cuando se diga que el "Cesfam tiene psicólogo" para atención de salud mental, en realidad no tiene, porque está con licencia hace tres meses, y no tiene reemplazo. O que "existe programa de reparación de maltrato" en la comuna, pero éste tiene una lista de espera de un año, que para fin de cuentas, es igual que no tener, porque el niño o la niña, lo necesita urgente hoy, no en un año.

Ustedes los que pueden fundar sus resoluciones en un derecho rico y complejo, que de manera honesta y justificada, explique las razones de su decisión, de una manera comprensible también para los usuarios, incluso para los niños y niñas.

Así que, este jueves 22 de agosto, daremos otro paso más, como siempre con las zancadillas de turno. Pero habrá que levantarse, habrá que seguir auto-capacitándose, en los tribunales, en las OLN, en los programas, incluso en nuestros hogares. Habrá que seguir denunciando al elefante en la cristalería. Pero hay que dar la bienvenida a la fiesta a este nuevo protagonista, y hay que darle todo nuestro apoyo, orientación y compartir el conocimiento.

Ya llegará el día en que se cumplan las palabras de Gabriela Mistral, pronunciadas en 1928, y los derechos de los niños, niñas y adolescentes por fin sean una prioridad, y así podamos con ella afirmar que "*La infancia servida abundante y hasta excesivamente por el Estado, debería ser la única forma de lujo —vale decir, de derroche— que una colectividad honesta se diera, para su propia honra y su propio goce. La infancia se merece cualquier privilegio*" (Mistral, 1927, p. 62).

References

- Barros, D. (1889). Del establecimiento de barrios obreros. In *Anales del instituto de ingenieros*.
- Castillo-Gallardo, P. (2015). Inequality and childhood: A critical reading of the history of childhood in Chile and Latin America. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1).
- CIDH. (2002, August). *Opinión consultiva n° 17 - condición jurídica y derechos humanos del niño*. Retrieved July 23, 2024, from https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea%5C_17%5C_esp.pdf
- Doncelot, J. (1992, May). *La policía de las familias: Epílogo de Gilles Deleuze* (Vol. Valencia). Pre-Textos.
- Estrada, F., & Valenzuela, E. (2023). *Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*. Academia Judicial de Chile.
- Estrada Vásquez, F. (2023). 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).
- Gallego-Henao, A. M. (2015). Children's participation... story of an invisible relationship. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1).
- García, E. (2004). Entre el autoritarismo y la banalidad: Infancia y derechos en América Latina. *Justicia y Derechos del Niño*, (6).
- García, E. (2007). Infancia, ley y democracia: Una cuestión de justicia. In M. Beloff, A. Benavente, M. Cillero, N. Espejo, F. Estrada, S. Falca, & G. Pinto (Eds.), *Justicia y derechos del niño n° 9*. Unicef.

- Henríquez, S. (2022, October). *¿qué camino tomar? protección judicial y administrativa en la ley de garantías y derechos de la niñez y adolescencia de Chile*. 5 Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia , Concepción, Chile, 13-14 de octubre.
- Henríquez, S. (2023a). Alcance de las garantías del debido proceso que debieran exigirse en el ámbito sancionatorio-administrativo. *Academia Judicial*.
- Henríquez, S. (2023b, March). *Ley de garantías y protección integral de derechos de la niñez y adolescencia en Chile: Análisis crítico de la ley n° 21.430*. DER.
- Henríquez, S. (2023c). Tutela judicial efectiva en sede de protección administrativa: Ponencia para el VI Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia.
- Henríquez, S. (2024). Análisis crítico del estado actual del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, (40).
- Illanes, A., & Contreras, P. (2022). Protección especializada en el contexto del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia: La protección dentro de la protección. In I. Ravetllat & A. Mondaca (Eds.), *Comentarios a la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanch.
- Milanich, N. (2006). ¿a la sombra de la ley? Los niños en la historia y sociedad de América Latina. In M. Cillero & J. Couso (Eds.), *Revista de derechos del niño n° 3 y 4*. UNICEF.
- Mistral, G. (1927, December). *Los derechos del niño*. Primera Convención Internacional de Maestros - enero de 1928.
- Mondaca, A. (2021). Los niños, niñas y adolescentes como consumidores: Hipervulnerabilidad, relevancia de la educación y propugnación de una mayor autonomía. In E. I. Soto (Ed.), *Seguridad y conformidad en el derecho de consumo: Reflexiones actuales*. Tirant lo Blanch.
- Moraga, C. (2022). Perspectiva de género en la ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. In I. Ravetllat. & A. Mondaca (Eds.), *Comentarios a la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia*. Tirant Lo Blanch.
- OECD. (2021, July). *Igualdad de género en Chile: Hacia una mejor distribución del trabajo remunerado y no remunerado*.
- ONU, C. d. D. d. N. (2021, March). *Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital*. Retrieved August 5, 2024, from <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%5C%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%5C%2F5F0vEG%5C%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0myCaUSrDC%5C%2F0d3UDPTV4y05%5C%2B9GME0qMZvh9UPKTXcO12>
- Pinochet, S. (2015). *Profesor, profesora ¿por qué los niños y las niñas no están en la historia? Concepciones del profesorado y del alumnado sobre la historia de la infancia* [Doctoral dissertation, Universidad Autónoma de Barcelona].
- Platt, A. M. (2008). *The child savers: The invention of delinquency*. Rutgers University Press.
- Pollock, L. A. (2004, November). *Los niños olvidados: Relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*. Fondo de Cultura Económica.

Rojas, J. (2010, March). *Historia de la infancia en el chile republicano, 1810-2010* (Segunda). Ocho Libros.

Salazar, G. (2006). *Ser niño "huacho" en chile (siglo xix)*. LOM.