



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

UN DEFENSOR DEL PUEBLO PARA LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN CHILE

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MACARENA ANDREA ESCOBEDO DURÁN

PROFESORA GUÍA: ANA MARIA MOURE PINO

SANTIAGO, CHILE

2014

“Todas las personas mayores fueron al principio niños,
aunque pocas de ellas lo recuerdan”.
(El Principito, Antoine de Saint-Exupery)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I. OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO.	13
1.1. NOCIONES PRELIMINARES.	13
1.1.1. Chile.	
Iniciativas	
Legales.	
.....	21
1.2. COMPETENCIAS Y FUNCIONES EN UN ÁMBITO ESPECIAL DE PROTECCIÓN: DERECHOS DEL NIÑO. EXPERIENCIA COMPARADA.	30
1.2.1. Europa.	43
1.2.1.1. Alemania.	44
1.2.1.2. Austria.	46
1.2.1.3. Bélgica.....	47
1.2.1.4. Dinamarca.	49
1.2.1.5. España.	51
1.2.1.6. Gales.....	53
1.2.1.7. Islandia.	57
1.2.1.8. Noruega.	58
1.2.1.9. Suecia.	60
1.2.1.10. Unión Europea.	63
1.2.2. América Latina.....	67
1.2.2.1. Argentina.....	68

1.2.2.2. Bolivia.....	72
1.2.2.3. Colombia.....	74
1.2.2.4. Costa Rica.	79
1.2.2.5. Ecuador.	81
1.2.2.6. Guatemala.	82
1.2.2.7. Honduras.....	84
1.2.2.8. Panamá.....	86
1.2.2.9. Perú.....	88
1.2.2.10. Venezuela.....	91
1.3. CONCLUSIONES.....	94
CAPÍTULO II. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN CHILE.	101
2.1.INSTRUMENTOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA EL ESTADO DE CHILE.....	101
2.1.1. Convención sobre los Derechos del Niño.....	103
2.1.2.Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.....	112
2.1.3. Convención de Nueva York de 1956 sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero.....	114
2.1.4. Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles del secuestro Internacional de Niños.	116
2.1.5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.....	118

2.1.6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	120
2.1.7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	122
2.1.8. Declaración Universal de los Derechos Humanos.	124
2.1.9. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	125
2.1.10. Protocolo de San Salvador.	126
2.1.11. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.	129
2.2. MECANISMOS LEGALES.....	132
2.2.1. Ley 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.	133
2.2.2. Ley 19.620. Dicta normas sobre adopción de menores.	134
2.2.3. Ley 19.684. Modifica el Código del Trabajo para abolir el trabajo de los menores de quince años; Ley 20.001. Regula el peso máximo de carga humana; Ley 20.189. Modifica el Código del Trabajo, en lo relativo a la admisión al empleo de menores de edad y al cumplimiento de la obligación escolar.	135
2.2.4. Ley 19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil; Ley. 20.207. Establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se imputará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad; Ley 20.526. Sanciona el acoso sexual infantil, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil; Ley 20.594. Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades.	137

2.2.5. Ley 19.968. Crea Tribunales de Familia	139
2.2.6. Ley 20.032. Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME) y su régimen de subvención.	143
2.2.7. Ley 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.	145
2.2.8. Ley 20.422. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.....	149
2.2.9. Ley 20.680. Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.	151
2.3. MECANISMOS INSTITUCIONALES.....	153
2.3.1. Servicio Nacional de Menores (SENAME).	154
2.3.2. Oficinas de protección a los derechos del niño (OPD).	160
3.3.3. Corporación de Asistencia Judicial: Oficinas especializadas.	164
2.3.4. Consejo Nacional de la Infancia.	170
2.4. CONCLUSIONES.	176
CAPÍTULO III. CREACIÓN DE UN DEFENSOR DEL PUEBLO PARA LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN CHILE.	184
3.1.CHILE EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL.	184

3.1.1. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.	186
3.1.1.1. Observación General N° 2 del año 2002. “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”.....	187
3.1.1.2. Observación General N° 5 del año 2003. “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”.....	192
3.1.1.3. Observación General N° 9 del año 2006. “Los derechos de los niños con discapacidad”.....	197
3.1.2. Informes que el Estado de Chile ha entregado periódicamente al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y Observaciones a estos informes.	199
3.1.2.1. Primer Informe y Observaciones.	200
3.1.2.2. Segundo Informe y Observaciones.	206
3.1.2.2. Tercer Informe y Observaciones.	211
3.1.2.4. Cuarto y Quinto Informes.	218
3.2. INICIATIVAS LEGALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN DEFENSOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	224
3.2.1. Boletín 3500-07. Proyecto de Reforma Constitucional: Crea Defensoría de la Infancia.....	225

3.2.2. Boletín 8489-07. Reforma Constitucional: Crea Defensoría de la Infancia.	228
3.2.3. Boletín 8509-07. Reforma Constitucional: Crea la institución autónoma del Defensor de los Niños y Adolescentes.....	229
2.4. Boletín 9153-07. Reforma Constitucional: Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.	231
3.3. CONCLUSIONES.	235
CONCLUSIÓN	242
BIBLIOGRAFÍA	258

INTRODUCCIÓN

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de los Estados, viene un proceso de adecuación de los principios consagrados en ella, lo que en algunos países se traduce en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, lo que se ve reflejado en las respectivas constituciones políticas, ya no sólo desde el ámbito familiar, sino como una persona que debido a sus condiciones especiales necesita protección. Surgen también los Códigos de la Niñez y Adolescencia, con el objetivo de sistematizar un conjunto de leyes y hacerlas aplicables según los principios consagrados en la Convención. En este sentido América Latina, ha tenido un rol preponderante, sentando las pautas en la adecuación de las Constituciones.

En Chile, a la ratificación de la Convención en 1990, le ha seguido un proceso de revisión y modificación de la legislación y del sistema judicial. Estas reformas se han realizado parcialmente, pero en muchas materias permanecen pendientes. Asimismo, se ha reforzado la acción del Estado generando una Política Nacional y un Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia que apunta precisamente hacia la protección y satisfacción de los derechos de carácter económico, social y cultural de los niños, niñas y adolescentes¹.

¹ CILLERO, Miguel. 2004. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Revista Justicia y Derechos del Niño (6). UNICEF. 180p.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento vinculante para Chile, toda vez que, según su artículo 4, obliga de manera directa a los Estados Parte a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole (económicas, sociales, difusión, etc.) que sean necesarias para dar efectividad a los derechos en ella reconocidos.

Es en virtud de estos compromisos que el Estado de Chile ha ratificado asimismo diferentes instrumentos internacionales que tienen como principal objetivo la protección de los derechos humanos y en especial, la protección de niños, niñas y adolescentes, se han promulgado diversas leyes, promovido diferentes proyectos de ley y se han establecido diferentes organismos públicos que deberían cumplir con estos objetivos, según se verá en el presente trabajo, pero que en definitiva no son suficientes con el objetivo primordial, este es, que exista una protección integral de los derechos del niño.

Es así, como el actual sistema de protección de los derechos del niño presenta deficiencias al no ajustarse a lo enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño, a sus Observaciones y Recomendaciones, en las cuales el Comité de los Derechos del Niño ha sido insistente en sugerir el establecimiento de una institución nacional que sea independiente, preocupada exclusivamente de la protección de los derechos del niño, su promoción y que se encargue en definitiva, de velar por la aplicación real de la Convención.

En efecto, estas instituciones denominadas Ombudsman, Defensores, Procuradores o Comisiones, hacen efectivas estas normas y las implementan a nivel nacional. El aporte que este tipo de instituciones representa para el goce efectivo de los derechos del niño,

demanda en el ámbito interno que el Estado garantice el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados en esta materia, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, en un escenario de protección de los derechos de las personas, es que algunos Estados han adoptado la figura del Ombudsman, Defensor o Comisionado, para materias específicas, obedeciendo de esta manera a necesidades propias de cada nación, como a obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la ratificación de diferentes tratados internacionales; que dicen relación con los derechos de los niños en un marco de protección de los derechos humanos.

En virtud de lo señalado, en este trabajo se pretende demostrar que la ausencia de una institución como la que mencionamos, significa el incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado Chileno, el cual si bien ha impulsado diferentes reformas, éstas siguen siendo insuficientes.

Para ello, en el primer capítulo, se realizará una descripción general de la institución generalmente denominada Ombudsman o Defensor del Pueblo, adoptada por gran parte de los países del mundo, mencionando sus diferentes funciones y revisando las propuestas para su establecimiento en Chile.

Además, junto con el establecimiento del Ombudsman, veremos como sus funciones han evolucionado hacia el establecimiento de instituciones homólogas que desempeñan la función específica de resguardar y promover de los derechos del niño, estableciendo un marco institucional de protección de los derechos del niño.

En el capítulo siguiente se mostrará el marco actual de protección de los derechos del niño en nuestro país, tanto a nivel de suscripción de instrumentos internacionales, promulgación de normas nacionales desde la ratificación de la Convención, y los principales mecanismos institucionales que desempeñan funciones de protección.

Finalmente, en el capítulo tercero, revisaremos el estado de nuestro país de acuerdo al criterio del Comité de los Derechos del Niño, así como las observaciones generales de este órgano que insta a los Estados a establecer la institución que motiva este trabajo y describiremos las diferentes iniciativas que se han promovido en nuestro país, a nivel parlamentario, para su establecimiento.

A modo de aclaración, si bien el término usado actualmente al momento de hablar de los titulares de los derechos de la infancia es niños, niñas y adolescencia, a lo largo de este trabajo podría usarse indistintamente los términos “niño”, “niños”, o “menores”, lo cual obedece a un fin de economía lingüística, no ser reiterativos en el lenguaje o bien en atención a la terminología que se usaba en una época anterior a la actual, donde existía una política de protección a la infancia caracterizada por la Situación Irregular, esto es, dirigida a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, según se indicará.

CAPÍTULO I. OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO.

1.1. NOCIONES PRELIMINARES.

La institución del Ombudsman se define como un mecanismo de protección extra-jurisdiccional, que se establece principalmente como órgano de control de las actividades de la Administración Pública. Esto se debe a los cambios progresivos que se han producido en las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad, los cuales se reflejan actualmente en un cambio de concepción de lo que significa la función pública y el rol que cumple la Administración frente a los ciudadanos.²

Es un órgano del Estado de carácter autónomo y que tiene por finalidad principal; el velar por que los derechos y libertades públicas de los particulares sean respetados por la Administración del Estado y los servicios públicos.

La estructura legal de esta figura se ha diseñado para cubrir la insuficiencia y los vacíos que presentan los controles tradicionales (parlamentario, administrativo y jurisdiccional), realizando una supervisión de distinta naturaleza, configurándose como

² MOURE PINO, Ana María. 2013. El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. Madrid, España. 15p.

un mecanismo alternativo de acceso a la justicia, que refuerza la labor de las demás instituciones, para garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales establecidos a nivel constitucional.³

Es así como ha constituido una alternativa, que complementa y dinamiza los clásicos medios de control, que pueden resultar lentos, costosos o con una competencia limitada, transformándose en una herramienta eficaz en la protección de los derechos de los administrados, velando no sólo por la legalidad de los actos, sino también porque sus derechos no sean menoscabados por actuaciones que, si bien cumplen con el mandato legal, devengan en irracionales, injustas o desproporcionadas, fiscalizando la actividad de las autoridades administrativas, como un control más, que se sitúa moralmente por encima de las instituciones de las autoridades instituidas y dotada tan sólo de esta autoridad asume la tarea de supervigilar el desempeño del sistema de tutela de derechos y procurar que todas y cada una de sus partes componentes cumpla a cabalidad la tarea que le fuera encomendada por el constituyente o legislador.⁴

En este sentido, el Defensor del Pueblo es una garantía constitucional más, un nuevo control suplementario que, teniendo por objetivo la defensa de los derechos y libertades públicas del ciudadano, incide con especial atención en la supervisión de la actividad administrativa, consecuencia de su creciente y su desmesurada burocratización.

³ Ibid.

⁴ QUINTANA BENAVIDES, Augusto. 2005. El establecimiento del Ombudsman en Chile como el “gran supervisor” del sistema de tutela de derechos. *Revista de Derecho Público* (67). 288p.

Esta figura tiene su origen en el denominado Ombudsman⁵ que recogió por primera vez la Constitución Sueca de 1809, con la finalidad, en cuanto “mandatario o representante del Parlamento”, de controlar la actividad de la Administración y de los propios órganos jurisdiccionales velando por el respeto a la ley y por la tutela de las libertades públicas⁶.

El éxito de esta institución significó que paulatinamente se fuese adoptando también en otras Constituciones, aunque de manera muy lenta pues debieron pasar más de 100 años para que otro país la adoptara. Por ejemplo, Finlandia en 1919, quien tras independizarse de Rusia, la adoptó en su Constitución; luego Dinamarca en 1954 y de ahí se extendió rápidamente a la gran mayoría de los países europeos, Alemania en 1956 (primero, sólo en el ámbito militar), Noruega en 1952 estableció un cargo para las Fuerzas Armadas, concretándose en 1962 la Ley del Defensor del Pueblo, Gran Bretaña en 1967 por medio de Ley del Comisario Parlamentario, Suiza en 1971, legalmente en Francia en 1973, estableciendo la institución del “*Médiateur*”, Italia desde 1974 (sólo en algunas regiones), Portugal en 1975, Austria en 1977, España 1978, entre otros.

⁵ La palabra originaria “Ombudsman” significa el que representa a otro. En la tradición de países como Suecia y Finlandia, representar a otro no significa más que al propio Parlamento. En la región de Escandinavia el Ombudsman nació como auxiliar del Parlamento en el ejercicio de su función fiscalizadora de la Administración. Pese a ello, la institución goza de autonomía e independencia en su labor. Cosa distinta ocurre en los países del Common Law. Aquí el Ombudsman, a quien se da el nombre de “Comisionado Parlamentario”, es verdaderamente un fiduciario del Parlamento. Cfr. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. 2001. Defensorías del Pueblo en la región andina: experiencias comparadas. Lima, Perú. CAJ. 51p.

⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. 1996. Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de fuentes. Los Derechos y Libertades. 2ª ed. Madrid, España. Editorial Tecnos. Vol. 1. 491-496p.

Cabe señalar que en la mayoría de los países de América Latina se ha incorporado la figura del Ombudsman, denominado, por lo general, Defensor del Pueblo, estableciéndose también como Procurador de los Derechos Humanos, Comisionado de los Derechos Humanos, Defensor del Habitante, etc. Si bien, Puerto Rico y Guatemala, en 1977 y 1985 respectivamente, ya contaban con esta institución, es a partir de la década de los noventa cuando su incorporación adquiere mayor importancia, debido a que muchos países se encontraban en procesos de reforma constitucional⁷, lo que significó un mayor estudio y debate sobre el tema, y que trajo como consecuencia, el que sea incluida en el ordenamiento jurídico de varios países.

Es así como el Ombudsman se fue incorporado, con diversas denominaciones, en numerosos países latinoamericanos: México en 1990, El Salvador en 1991, Colombia en 1991, Costa Rica en 1992, Paraguay en 1992, Honduras en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1993, Bolivia en 1994, Nicaragua en 1995, Panamá en 1997, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999.

Si bien estas instituciones tienen diferencias entre sí, presentan un rasgo característico, que las distingue de sus predecesoras europeas; esto es, la especial preocupación por la protección y defensa de los derechos humanos, aspecto que, ciertamente, no excluye las

⁷ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Defensorías del Pueblo en la región andina: experiencias comparadas. Op. Cit. 18p.

funciones originales; aunque puede restarle eficacia, dada la amplitud de competencia de estos organismos⁸.

Aunque el Ombudsman no es exactamente igual en un país que en otro, en una región u otra, presenta características similares en el desempeño de sus funciones; entre las cuales sobresalen por ser de la esencia de la institución:

- a) En la mayoría de los países esta institución es creada por ley y en algunos casos está consagrado en la Constitución.
- b) Su función principal consiste en velar por la equidad y legalidad de los actos de la administración pública y en particular, proteger los derechos de las personas que se consideran víctimas de actos injustos por parte de la administración pública.
- c) En Latinoamérica, como se señaló, tiene como función velar por el pleno respeto de los derechos humanos, realizando actividades de protección, promoción y defensa de tales derechos; pero también vigila el efectivo cumplimiento de los deberes de administración pública y que supervisa la adecuada prestación de los servicios públicos por parte de las entidades estatales o privadas. En el ejercicio de esta función puede recibir denuncias o actuar de oficio, especialmente cuando existan derechos perjudicados de una persona o grupo de personas que considere difícil o improbable que generen una denuncia (por ejemplo, niños), respecto de

⁸ PAREDES ZIEBALLE, Alejandro. 2003. La necesidad de un Ombudsman en Chile y su rol como protector de los derechos de las personas. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Valdivia, Universidad Austral de Chile. 5p.

materias que sean de su competencia, iniciando un proceso de investigación, para lo cual hace uso de sus facultades como, por ejemplo, acceder a los documentos de los entes fiscalizados, antecedentes que estén en posesión de las autoridades públicas, incluso citar a declarar a testigos, sean o no funcionarios de gobierno. Una vez finalizada la investigación, puede emitir una declaración o una recomendación, la cual es comunicada tanto a quienes hayan presentado la denuncia como al o los órganos denunciados. También podría, recibida una denuncia, ejercer acciones judiciales, o actuar como mediador entre denunciante y organismo denunciado.

- d) En cuanto a la recepción de denuncias, esta institución se caracteriza por el fácil acceso a ella, sólo debiendo tener un interés directo, aunque en países como Suecia y Finlandia, también se puede interponer una denuncia en razón del interés general, incluso pueden concurrir personas jurídicas (caso de Inglaterra y Ombudsman Europeo). En cuanto a la interposición de la denuncia, esta se puede realizar de manera directa o indirecta, como en Inglaterra o Francia, a través de parlamentarios.
- e) Si bien tienen facultades de recibir denuncias de particulares, en algunos países para poder recurrir a esta institución se deben primeramente agotar todos los recursos judiciales y administrativos. En algunos casos también se han fijado plazos máximos para presentar denuncias.

- f) Emitir informes periódicos en que deje constancia sobre reiteradas denuncias contra el mismo organismo público denunciado o por los mismos hechos. Esta función se relaciona con la publicidad que tiene la actividad del Ombudsman y con la información que debe tener la opinión pública respecto del ejercicio de sus funciones, teniendo conocimiento sobre su labor y poder dimensionar adecuadamente la importancia que el Ombudsman tiene en el fortalecimiento del Estado de Derecho; de esta forma, aumenta su prestigio e influencia, y se evita que sus informes o recomendaciones se transformen en meras declaraciones a la Administración o en afirmaciones de principios sin aplicación práctica.
- g) Es importante señalar que el Ombudsman carece de atribuciones coercitivas, por lo tanto, no impone sanciones, ni ordena detenciones, su poder no es de revocación o anulación; utiliza más bien la persuasión para que sus recomendaciones o informes sean adoptados por la autoridad, incluso realizando las sugerencias para la introducción de cambios administrativos o legislativos. Sin embargo, aún sin tener poderes coercitivos puede efectuar denuncias o constatar la existencia de delitos respecto de funcionarios que hayan realizado actuaciones ilegales.
- h) En cuanto a su forma de nombramiento, dado el vínculo existente con el Parlamento, en algunos países de él depende su designación, en estos casos se conoce la figura como Ombudsman Parlamentario. Esto se explica en base a que el único consenso que existe entre diversas doctrinas que han intentado explicar

la naturaleza jurídica de la institución es que el Defensor del Pueblo protege a las personas frente al poder público⁹.

- i) Finalmente, es necesario señalar que se trata de un cargo de carácter unipersonal, que en ocasiones, dada la complejidad y amplitud de la Administración, pueden designarse varios Ombudsman para controlar sectores delimitados de la Administración o estar especializados por tema¹⁰.

Además, quien detenta este cargo debe tener ciertas características particulares, por ejemplo, tener prestigio como jurista, ser políticamente independiente, de tal manera de gozar de independencia y libertad respecto a cualquier partido político u órgano de la Administración.

Hemos señalado las características y funciones generales que puede realizar el Ombudsman o el Defensor del Pueblo, pero esta institución, a medida que ha crecido a lo largo del tiempo y expandido, perfeccionándose y mejorando su funcionamiento y eficacia, ha debido responder a necesidades específicas de ciertos grupos de la población, con grados de vulnerabilidad que han significado que en ciertos países la creación de Ombudsman o Defensor específicos para ciertas materias, orientando sus funciones a un sector específico.

Por ejemplo, en el caso de Suecia, además del Ombudsman Parlamentario existen otras instituciones especializadas en determinadas temáticas o grupos de la población:

⁹ MOURE PINO, Ana María El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Op. Cit. 15p.

¹⁰ Op. Cit. 79p.

Ombudsman para la Igualdad, Ombudsman del Niño, Ombudsman de la Discriminación, Ombudsman para las Personas con Discapacidad, Ombudsman de los Homosexuales y Ombudsman del Consumidor. A su vez, en Portugal existe el Ombudsman del Contribuyente, del Medio Ambiente, de las Fuerzas Armadas, de la Tercera Edad en Argentina, y para la Niñez y Adolescencia, el cual, como se verá en el punto 2 de este capítulo, ha sido adoptado en diversos países, tanto en Europa como en Latinoamérica, con diferentes fórmulas.

1.1.1. Chile. Iniciativas Legales.

El primer antecedente que encontramos en la historia de nuestro país en cuanto a alguna iniciativa de establecer esta institución se encuentra en la década del 70, cuando el profesor Raúl Bertelsen es llamado a participar en la redacción del anteproyecto de Constitución en el año 1978, ocasión en la cual sugiere la posibilidad de crear el Defensor del Pueblo o el Ombudsman, ante tal planteamiento se le señaló que esta institución no tenía raíces en nuestro medio latino, sino que en el mundo anglosajón. El autor es de la opinión que dicha institución debe ser una entidad de rango constitucional,

con la finalidad de que tenga estabilidad jurídica y autonomía frente a la Administración¹¹.

Posteriormente, en 1985, la idea de implementar esta institución fue recogida e impulsada por el Capítulo Chileno del Ombudsman¹², organismo que elaboró el primer proyecto de Reforma Constitucional y Ley Orgánica Constitucional denominado “Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo”¹³ que incorporaba al denominado Defensor del Pueblo en nuestro ordenamiento jurídico, el que fue enviado a tramitación parlamentaria en abril de 1991. En el proyecto de reforma constitucional se propuso agregar un Capítulo VII bis¹⁴ a la Constitución Política para crear como institución autónoma e independiente de toda otra autoridad al Defensor del Pueblo, institución que tendría por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto, por los órganos de la Administración del Estado, de determinadas garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución

¹¹ BERTELSEN, Raúl. 2001. Algunas proposiciones alternativas. En Seminario Internacional: El defensor ciudadano que queremos. Capítulo Chileno del Ombudsman y Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 95-97p.

¹² El Capítulo Chileno del Ombudsman- Defensor del Pueblo es organización pluralista e independiente, sin fines de lucro, y autónoma de toda autoridad, se fundó en 1985 en el seno del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24), organismo destinado a diseñar las bases constitucionales para el régimen democrático siguiente al gobierno militar. Entre ellas figuraba la creación del Defensor del Pueblo (ombudsman). CAPÍTULO CHILENO DEL OMBUDSMAN. Origen y situación actual. [en línea] www.obudsman.cl [consulta: 02 julio 2014].

¹³ Boletín N° 332-07: Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de Justicia y Defensor del Pueblo [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1270&prmBL=332-07> [consulta: 02 julio 2014] y Boletín N° 333-07: Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2477&prmBL=333-07> [consulta: 02 julio de 2014].

¹⁴ El inciso primero del propuesto artículo 83 bis, del proyecto del año 1991 señalaba: “Un Organismo autónomo, independiente de toda otra autoridad, con el nombre de Defensor del Pueblo, tendrá por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto, por los órganos de la Administración del Estado, de los derechos a que se refieren los números 1° al 8°, ambos inclusive, 12°, 13°, 14° y 15° del artículo 19 de esta Carta, con el objeto de propender a su pleno imperio”.

Política¹⁵, derecho civiles y políticos, mas excluía la protección de derechos de segunda generación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, también contenidos este artículo.

En definitiva, se disponía que la misión fundamental del Defensor del Pueblo sería la de proteger los derechos humanos, especialmente frente a los actos y omisiones de la Administración Pública del Estado.

Esta iniciativa finalmente no prospera, llegando sólo a segundo trámite constitucional en la Cámara del Senado, siendo finalmente archivado en diciembre de 1994¹⁶, sin haber existido discusión parlamentaria alguna.

Tras el retiro del proyecto de 1991, hasta fines de 1997 no se promovieron nuevas iniciativas legislativas que buscaran el establecimiento de esta institución. De todas formas es preciso señalar que luego del fracaso del proyecto indicado, existieron diversas propuestas, cuyo objeto se resume en crear una institución que promoviera la protección de los derechos humanos ante la actividad de ciertos organismos del Estado. En este sentido destaca en el año 1996 la propuesta realizada por el Consejo Superior de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación en cuanto a promover la creación de una Institución Nacional de Promoción y Protección de los Derechos

¹⁵ SOLÍS GODOY, Germán Eduardo. 1998. El Ombudsman, análisis comparado y de la necesidad de su establecimiento en Chile. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad Central. 135p.

¹⁶ Oficio N° 6272 de 04 de agosto de 1994, dispone archivo del Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de Justicia y Defensor del Pueblo y Oficio N° 2097 de 02 de diciembre de 1994, dispone archivo Proyecto Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo. [en línea] <www.camara.cl> [consulta: 02 julio de 2014].

Humanos como un órgano de Estado de carácter permanente. Destacan, también, algunas propuestas aisladas, que sugerían la creación de Ombudsman sectoriales, como el Defensor escolar, el Defensor del niño, el Defensor del recluta y el Ombudsman municipal en la comuna de Santiago¹⁷.

Así las cosas, en el año 1997 durante un proceso de privatización de las empresas de servicios sanitarios, nace la necesidad de defender a los usuarios y consumidores de servicios públicos cuyo control comenzaría a estar en manos de empresas privadas en régimen de concesión, ante las cuales se entendía que los particulares estarían en una posición de desigualdad.

Es en este nuevo escenario que el gobierno envía un proyecto de ley que creaba la Defensoría Nacional del Usuario¹⁸, un servicio público descentralizado, relacionado con el Gobierno a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, cuyo objetivo sería, como lo señala en el Mensaje, la defensa y protección de los usuarios ante la actividad de prestación de servicios de utilidad pública, ya sea que ésta se realice por empresas u organismos públicos, entidades privadas en régimen de concesión, tales como los servicios públicos de suministro de gas, telecomunicaciones, distribución eléctrica, etcétera.

¹⁷ MILOS, Juan Domingo. 1999. Un defensor del pueblo para Chile. Revista Perspectivas en política economía y gestión (1). Santiago, Chile. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. Vol. 3. 233p.

¹⁸ Boletín N° 2115-03: Proyecto de Ley que Crea la Defensoría Nacional del Usuario. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=272&prmBL=2115-03> [consulta: 02 julio de 2014].

Queda en evidencia que este ámbito de protección es restringido y que si bien se pretendía establecer una especie de Defensor del Pueblo, no estaba entre sus funciones la protección de los derechos fundamentales¹⁹.

Este proyecto, limitado en competencia y autonomía, tampoco alcanzó a ser debatido, y fue retirado en marzo de 1998 por el Presidente de la República, con la intención de reformularlo como una “Defensoría del Ciudadano”, institución que detentaría facultades de protección y promoción de los derechos humanos, junto con la potestad de defender a los usuarios contra los prestadores de servicios de utilidad pública.

Posteriormente, con fecha 14 de Octubre de 2000, el Presidente de la República ingresó ante el Senado un proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano²⁰, institución autónoma, que velara por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas. Es decir, centra la función de esta institución en la protección de los particulares ante la actividad del Estado en cuanto a ente prestador de servicios públicos, pero no extendido a un ámbito amplio de protección y promoción de los derechos fundamentales.

¹⁹ MOURE PINO, Ana María. El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Op. Cit. 157p.

²⁰ Boletín N° 2605-07: Proyecto de Ley que crea el Defensor del Ciudadano. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1519&prmBL=2605-07> [consulta: 02 julio de 2014].

Este proyecto es retirado del Congreso Nacional en noviembre de 2003 con el objeto de ampliar la esfera de derechos protegidos. Es así como en el mes de diciembre del mismo año se reingresa ante la Cámara de Diputados el proyecto reformado²¹, introduciéndole algunas modificaciones de importancia, en cuanto al ámbito de derechos observados por el órgano que se crea y la facultad de ejercer acciones judiciales en determinadas circunstancias. Es así como establece que el Defensor del Ciudadano además de velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en cuanto a la satisfacción de necesidades públicas, también le corresponderá difundir y promover los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 de la Constitución Política, asumiendo además la defensa de aquellos que tengan impacto colectivo o involucren a una pluralidad de individuos.

Durante la tramitación de este proyecto, fue reformulado en el año 2007, bajo la denominación de “Defensor de las Personas”, formulando indicaciones al proyecto de ley, a fin de que fuesen consideradas durante la discusión en la Cámara de Diputados.

²¹ Boletín N° 3429-07: Proyecto de Ley que crea el Defensor del Ciudadano. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3748&prmBL=3429-07> [consulta: 02 julio de 2014].

Este proyecto de ley finalmente es rechazado y archivado por la Cámara de Diputados el día 12 de noviembre de 2008²² al no conseguirse el quórum necesario para realizar una reforma constitucional.

Luego, en diciembre del mismo año se reingresa el proyecto de reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas²³, el que actualmente se encuentra en tramitación²⁴ (Segundo trámite Constitucional, Cámara del Senado). Esta iniciativa pretende establecer a esta institución como “un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, con el nombre de Defensoría de las Personas, tendrá a su cargo la promoción y resguardo de los derechos y garantías asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y en las leyes, ante los actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado y de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública, en los términos que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”. Se establece además, que para cumplir tales funciones la Defensoría de las Personas podrá tramitar quejas o reclamos o, en su caso, mediar ante el organismo o servicio público que corresponda, pudiendo acceder a la información de las entidades requeridas, las que estarán obligadas a prestar colaboración. Además, podrá,

²² Oficio N° 7798 de 12 de noviembre de 2008, dispone archivo proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano (Boletín N° 3429-07). [en línea] <www.camara.cl> [consulta: 02 julio de 2014].

²³ Boletín N° 6232-07: Reforma Constitucional que crea la Defensoría de las Personas. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6630&prmBL=6232-07> [consulta: 02 julio de 2014].

²⁴ Boletín N° 6232-07: Reforma Constitucional que crea la Defensoría de las Personas. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6630&prmBL=6232-07> [consulta: 03 julio de 2014].

de oficio o a petición de parte, formular observaciones, recomendaciones o sugerencias a las respectivas autoridades o emitir informes, dentro del ámbito de su competencia, sin poder vinculante. Finalmente, en los casos que determine su ley orgánica, podrá interponer recursos y acciones constitucionales y legales respecto de los derechos y garantías cuyo ejercicio se impida, amenace o perturbe.

Junto con mencionar estos proyectos de ley, que han buscado de alguna manera establecer una institución como el Defensor del Pueblo con ciertas características, que tal vez no han cumplido con los objetivos inherentes para la creación de este organismo, es importante señalar un importante antecedente en nuestro país, esto es, la creación de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, también llamada “Comisión Defensora Ciudadana”.

La Comisión Asesora Presidencial fue creada el 11 de mayo de 2001, mediante el Decreto N° 65, el cual en su artículo 1° la establece como un “órgano Asesor del Presidente de la República, que prestará su asesoría para velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas”, es decir, constituye un mecanismo para observar el desempeño de las funciones de estos órganos, velando por la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos frente a la prestación de servicios otorgados por los organismos públicos, mediante la coordinación con las oficinas de información, reclamos y sugerencias, haciendo seguimiento a de las quejas que presenten los usuarios, presentando informes

anuales y semestrales al Presidente de la República, del cual depende, careciendo personalidad jurídica y patrimonio, careciendo esta institución de autonomía e independencia.

Señalado esto, no cabe sino deducir que su ámbito de acción es reducido, sumado a que solamente puede observar y estudiar la actividad de los organismos dependientes de la Administración Central del Estado, excluyendo a instituciones como la Contraloría General de la República, Ministerio Público, incluso a las Municipalidades.

Actualmente, mediante el Decreto 86 de 8 de octubre de 2012, la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas se encuentra fusionada con la Comisión Asesora Ministerial para la Probidad y Transparencia, puesto que en la actualidad ambas coexistían realizando labores de asesoría al Presidente de la República para velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas y al Ministerio Secretaría General de la Presidencia en materias de probidad y de transparencia, y de prestación de asesoría, respectivamente. De tal forma se consideró que los servicios que entregan ambas comisiones revisten similares características, por lo que se justificaría que ambas utilicen un mismo canal de acceso, estimándose necesario que una misma comisión asesore al Presidente de la República en materias conocidas por cada institución, logrando así una mayor sincronía.

De esta forma, se estimó necesario contar con una instancia asesora en materia de probidad y de transparencia, con el objeto de lograr que los órganos de la Administración del Estado actúen coordinadamente en la protección y promoción de los derechos de las personas.

Es así, como en su artículo 1º establece la creación de Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas y de la Probidad y Transparencia Administrativa, la cual tendrá similares facultades a la Comisión Asesora Presidencial.

1.2. COMPETENCIAS Y FUNCIONES EN UN ÁMBITO ESPECIAL DE PROTECCIÓN: DERECHOS DEL NIÑO. EXPERIENCIA COMPARADA.

Como se señaló en la introducción, el objetivo del presente trabajo es señalar la necesidad del establecimiento de un Defensor de la Niñez y Adolescencia en Chile, a la luz de los compromisos asumidos pero no cumplidos por el Estado de Chile en virtud de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

En virtud de lo anterior, a continuación veremos cuáles son las funciones que realiza un Defensor de la Infancia, qué facultades son indispensables para su eficaz actuación, siempre teniendo presente que este grupo es particularmente vulnerable cuando sus derechos son violados porque tienen menos posibilidades que los adultos de acceder a un

asesoramiento y una defensa independientes y de ser escuchados al presentar una queja²⁵.

Aunque tradicionalmente los Defensores del Pueblo no impiden a los niños acceder a los servicios que presta dicha institución, tampoco se dedican en forma explícita a los problemas de la infancia. Es más, los Defensores raramente dan a conocer su actuación a través de mecanismos que permitan a los niños conocer su existencia. Además en el mandato que reciben no se suele hacer referencia alguna a las diferencias que existen entre los temas a los que se enfrentan los niños y los que afectan a los adultos, y tampoco a que la naturaleza de los derechos de los niños y los mecanismos necesarios para lograr su respeto son diferentes²⁶.

Con la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño se han incrementado el interés y la presión internacional a favor del establecimiento de Defensores o Comisionados de niños y niñas²⁷. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño - órgano responsable de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes, según lo dispone el artículo 43 de la Convención- realizó, en el año 2003, su Observación General N° 2, manifestando su intención de alentar a los Estados Partes a crear una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención, señalando que los Estados necesitan una institución de derechos humanos que sea independiente, cuya función sea

²⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. 1999. El Trabajo del defensor de los niños. Florencia, Italia. Innocenti Digest, UNICEF. 3p.

²⁶ Op. Cit. 2p

²⁷ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. 2006. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas?. Revista Derechos del Niño (3 y 4). 94p.

la promoción y protección de los derechos de los niños. Esta recomendación ha sido reiterada para cada Estado parte de la Convención, en virtud de los Informes periódicos que éstos deben remitir al Comité en virtud de lo establecido en el artículo 44 de la Convención.

Es así, como las recomendaciones del propio Comité de los Derechos del Niño se han transformado en un detonante que ha impulsado la creación de esta figura, puesto que, de acuerdo a las facultades emanadas de la propia Convención que le dio origen, examina los progresos realizados por los Estados en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Convención, perseverando en sus resoluciones al señalar que sin instituciones independientes que supervisen la aplicación de la Convención, será difícil que se den a los derechos del niño la prioridad y la atención que requiere.

En este mismo sentido se encuentran las recomendaciones emitidas tanto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁸, como por el Parlamento Europeo de la Unión Europea.

Actualmente, las Defensorías se han expandido en gran parte del mundo industrializado y en América Latina. Son instituciones no jurisdiccionales conocidas

²⁸ Por ejemplo, la Recomendación 1286 (1996) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Esta recomendación señala expresamente en su punto 7, apartado iv, que recomienda que el Comité de Ministros invite a los Estados agrupados en el Consejo de Europa para que hagan de los Derechos del Niño sean una política prioritaria, a través del establecimiento de un Comisionado (Ombudsman) para los niños o de otra estructura que ofrezca garantías de independencia y responsabilidad que se requiere para mejorar la vida de los niños, debiendo también ser accesible al público, como a través de oficinas locales. Cit. COUNCIL OF EUROPE. 1996. The Rights of the child, a European perspective. Council of Europe Publishing. Germany. 10p.

como Defensorías, Comisiones de derechos de la infancia o, más genéricamente, como Ombudsman de la Infancia²⁹.

La institución del Defensor del Niño, cuyo fin primordial es la promoción y protección de los derechos de los niños y niñas, ha comenzado a generar un amplio interés en la comunidad internacional por su capacidad potencial de posicionar los intereses de la infancia y adolescencia en la agenda pública y de movilizar al Estado a favor de la promoción y protección adecuadas de sus derechos. Muchos han visto en esta institución la posibilidad de insertar al interior de la institucionalidad pública un organismo con la jerarquía, recursos y capacidades adecuados para lograr que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que son necesarias para dar efectividad a los derechos garantizados en la Convención de los Derechos del Niño³⁰.

Un Defensor o Comisionado de los Niños debe desempeñar un papel significativo, no sólo asegurando el ejercicio efectivo de los derechos que les reconoce la ley, sino que también realizando actividades tendientes a difundir y promover el respeto de tales derechos. Por tanto, debe buscar mayor justicia para los niños garantizándoles el disfrute de los derechos ya establecidos y promoviendo el reconocimiento de los derechos humanos que todavía no forman parte de la legislación, la cultura o la práctica diaria de la vida de los niños³¹. En este sentido, se debe reconocer su titularidad de derechos subjetivos, como sujetos de derechos humanos, a los que se les reconoce la aptitud

²⁹ CILLERO, Miguel. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Op. Cit. 180p.

³⁰ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas? Op. Cit. 88p.

³¹ Op. Cit. 3p.

progresiva para ejercerlos por sí mismos, lo que se traduce en una concepción del bienestar de la infancia fundada en la satisfacción de sus derechos humanos como personas en desarrollo³².

En cuanto a la naturaleza legal de la constitución del Defensor de los niños se pueden diferenciar cuatro modelos significativos en cuanto a su origen, mandato y posición: a) Defensores creados por una Ley Parlamentaria extraordinaria; b) Defensores creados por la legislación relativa al bienestar de la infancia; c) Defensores ubicados en organismos públicos existentes y aquéllos constituidos y dirigidos por ONGs³³.

En atención a sus funciones, también se han identificado al menos tres clasificaciones: a) Defensores que prestan asesoramiento individual y representación legal, b) Defensores que protegen a los niños en forma individual y/o como colectivo; y c) Defensores que actúan a favor de los niños como colectivo, sin representarlos individualmente.³⁴

Es así, que en este rol de promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el Defensor debe, al menos, desempeñar cuatro funciones fundamentales³⁵:

i. Promover y posicionar en los diseñadores e implementadores de las políticas públicas una mayor consideración respecto de los derechos humanos de los niños y niñas.

³² CILLERO, Miguel Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Op. Cit. 180p.

³³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 4p.

³⁴ MOURE PINO, Ana María. 2013. Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile: estudio de derecho comparado. Revista de Derecho Público (78). 185p.

³⁵ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas?. Op. Cit. 95-96p.

Ello implica identificar las deficiencias de la legislación, las políticas públicas y el accionar gubernamental en la protección de estos derechos proponiendo las formas en que estas deficiencias debieran ser subsanadas para otorgar una mejor protección.

ii. Promover el respeto por la opinión de los niños y niñas asegurando, en conformidad al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho de cada niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que esta opinión sea debidamente tomada en cuenta, en función de la edad y madurez del niño.

iii. Incrementar el conocimiento y valorización de los derechos de los niños en la sociedad.

Los derechos tienen poca relevancia si nadie los conoce ni los entiende, por lo que resulta una tarea fundamental las acciones de difusión que se hagan respecto de ellos.

iv. Asegurar la existencia de mecanismos adecuados para enfrentar y reparar las violaciones a sus derechos que afecten niños y niñas.

De esta manera, en cuanto al trabajo a desempeñar, los Defensores deben estar facultados para influir en la ley, política y práctica, identificando las medidas y políticas públicas que han fallado, teniendo conocimiento de la actividad institucional regional y nacional, respecto del cumplimiento efectivo de los derechos del niño, niña y adolescente y respeto de sus intereses, promoviendo medidas para abordar tales falencias, además debe hacer frente a las violaciones individuales de los derechos; fomentar o realizar investigaciones; promover la sensibilización sobre tales derechos; velar por que la legislación interna del país se adecue a lo indicado por la Convención, velando por su correcta aplicación o por su modificación en caso contrario.

Las funciones anteriores están interrelacionadas y cada una informará a las otras. Por ejemplo, las pruebas sobre las violaciones individuales de los derechos o respecto de demandas respecto a una institución específica o presentadas por un grupo particular en relación a un aspecto particular de la legislación, informarán sobre la necesidad de realizar cambios legislativos; el nivel de concientización sobre los derechos entre los adultos y los niños influirá en las actitudes y el respeto hacia los mismos; y el análisis de la aplicación de la legislación mostrará las carencias que existen en la información necesaria para poder supervisar dicha aplicación de forma efectiva³⁶.

De acuerdo a estas funciones, se constata que la figura del Defensor está orientada a la difusión, valorización y posicionamiento de los derechos de los niños al interior de la sociedad y, particularmente, al interior del Estado. En la mayoría de los casos, aun cuando puede conocer de situaciones individuales que afecten a niños y jóvenes, el Defensor no cuenta con potestades jurisdiccionales para resolverlas, por lo que debe recurrir a la autoridad de sus opiniones y reportes para lograr implementar sus recomendaciones.³⁷

Con el objetivo de establecer con certeza las funciones que debe realizar este Defensor, diferentes organizaciones a nivel internacional han intentado establecer un catálogo de facultades que debe poseer esta institución. Así, la Red Europea de

³⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 6p.

³⁷ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas?. Op. Cit. 97p.

defensores de los derechos de los niños³⁸ ha señalado que debe realizar las siguientes acciones³⁹:

- Promover la plena implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- Influir en la legislación, la política y la práctica ya sea dando su opinión frente a las propuestas gubernamentales o presentando activamente proposiciones de reforma;
- Promover una mayor prioridad para la infancia en los gobiernos centrales, regionales o locales y en la sociedad civil y la coordinación efectiva de los servicios;
- Promover el uso adecuado de los recursos económicos destinados a la infancia;
- Impulsar acciones concretas a favor de los niños y realizar investigaciones sobre asuntos relativos a la infancia;
- Servir de canal de comunicación del punto de vista de los niños y promover su respeto;
- Recabar y publicar datos acerca de la situación de la infancia;
- Promover la mayor conciencia de los derechos de los niños entre los niños y los adultos;
- Otorgar información y acceso de los niños a los mecanismos de reclamos judiciales y administrativos en caso de vulneración de derechos; y

³⁸ European Network of Ombudspersons for Children (ENOC).

³⁹ EUROPEAN NETWORK OF OMBUDSPERSONS FOR CHILDREN. Questions and Answers. [en línea] <<http://crinarchive.org/enoc/QandA/index.asp#108>> [consulta: 29 diciembre 2014]

- Responder ante reclamos individuales y otorgar apoyo para su presentación ante las autoridades respectivas.

A su vez, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 2 sugiere, a modo enunciativo y no exhaustivo, los tipos de actividades que las instituciones nacionales de derechos humanos deberían llevar a cabo en relación con el ejercicio de los derechos del niño a la luz de los principios generales enunciados en la respectiva Convención⁴⁰:

- Realizar investigaciones sobre cualquier situación de violación de los derechos del niño, ya sea por denuncia o por propia iniciativa, en el ámbito de su mandato;
- Llevar a cabo indagaciones sobre asuntos relativos a los derechos del niño;
- Preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes, ya sea a petición de las autoridades nacionales o por propia iniciativa, sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño;
- Mantener en examen la adecuación y eficacia de la ley y la práctica en relación con la protección de los derechos del niño;
- Promover la armonización de la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales con la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño y fomentar su aplicación efectiva, en

⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11> [Consulta: 23 octubre 2014].

particular brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados sobre la interpretación y aplicación de la Convención;

- Velar por que los encargados de formular la política económica nacional tengan en cuenta los derechos del niño al establecer y evaluar los planes económicos y de desarrollo nacionales;
- Examinar la manera como el Gobierno aplica la Convención y vigila la situación de los derechos del niño e informar al respecto, procurando lograr que las estadísticas estén debidamente desglosadas;
- Fomentar la adhesión a todo instrumento internacional de derechos humanos pertinente o su ratificación;
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención, exigir que una consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños sea el Interés Superior del niño, y velar por que los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta desde el momento de su elaboración hasta su aplicación y más allá;
- A la luz del artículo 12, velar por que los niños puedan expresar su opinión y ser oídos en los asuntos que conciernen a sus derechos humanos y en la definición de las cuestiones relacionadas con sus derechos;
- Promover y facilitar una participación significativa de las ONG's que se ocupan de los derechos del niño, incluidas las organizaciones integradas por niños, en la elaboración de la legislación nacional y los instrumentos internacionales sobre cuestiones que afectan a la infancia;

- Fomentar la comprensión y la toma de conciencia en la sociedad de la importancia de los derechos del niño y, con este fin, trabajar en estrecha colaboración con los medios informativos y emprender o patrocinar investigaciones y actividades educativas en la materia;
- Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a "dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños", sensibilizar al gobierno, los organismos públicos y el público en general acerca de las disposiciones de la Convención y vigilar las formas en que el Estado cumple sus obligaciones a este respecto;
- Colaborar en la elaboración de programas relativos a la enseñanza e investigación en la esfera de los derechos del niño y la integración de dicho tema en los planes de estudios escolares y universitarios y en el ámbito profesional;
- Adoptar en la educación sobre derechos humanos un enfoque centrado específicamente en los niños (además de promover entre las personas la comprensión de la importancia de los derechos del niño);
- Intervenir, cuando proceda, procesos de mediación o conciliación antes de que se recurra a una acción judicial;
- Tener la iniciativa en procedimientos judiciales que buscan reivindicar los derechos del niño en el Estado o brindar a los niños asistencia jurídica;
- Facilitar a los tribunales sus conocimientos especializados sobre los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de parte interviniente;

- De conformidad con el artículo 3 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a asegurarse de que "las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada", realizar visitas a los centros de menores (y a todos los lugares en que haya menores reclusos para su reforma o castigo) y a las instituciones de atención al menor con el fin de informar sobre la situación y formular recomendaciones para que mejore y;

Finalmente, señala el Comité, que esta institución deberá llevar a cabo cualquier otra actividad relacionada con lo antedicho.

Si bien, como hemos visto, existen diferentes recomendaciones y directrices respecto a cuáles deben ser las funciones que desempeñe un Defensor de los derechos de la infancia y adolescencia, no existe país alguno que siga de manera exacta estas fórmulas, ya que debe recordarse que cada Estado es una realidad y cultura diferente, con recursos disímiles entre sí, además de tener diferentes experiencias en cuanto al establecimiento de estas instituciones, especialmente de la figura del Ombudsman con funciones generales de protección de los derechos de las personas.

Aun existiendo estas diferencias, es preciso que reúnan, al menos, las siguientes características, de tal forma de asegurar que su funcionamiento sea realmente eficaz y no se transforme en un ente con un rol meramente consultivo, sin cumplir sus funciones

primordiales, no logrando influir significativamente en el diseño e implementación de políticas públicas.

Por ello es que resulta fundamental que el Defensor⁴¹:

- Tenga la independencia (funcional y financiera) necesaria para ejercer sus funciones y los recursos financieros y humanos necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones;
- Sea elegido como Defensor una persona que sea reconocida por la opinión pública y, especialmente, por los órganos públicos, como un referente en los temas de infancia y adolescencia y con las capacidades, experiencia y probidad necesarias para ejercer el cargo;
- Tenga la capacidad mediática necesaria para convocar y sumar a los medios de comunicación a favor de sus objetivos; y
- Cuenten con la facultad de investigar adecuadamente los casos sometidos a su conocimiento en el marco del ámbito de su competencia, pudiendo requerir información de toda autoridad y funcionarios públicos.

Como se señaló al comienzo, esta institución ha sido adoptada por diversos países, algunos, como se indicó, desde la adopción de la Convención de los Derechos del Niño, y otros con anterioridad a esta Convención, con facultades otorgadas muy similares entre sí, creadas por diferentes fuentes y con características propias.

⁴¹ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas?. Op. Cit. 125p.

A continuación veremos algunos ejemplos que revelan la realidad de esta institución en cada país que ha sido establecido, generalmente luego de haber adoptado dentro de su legislación la figura del Ombudsman.

1.2.1. Europa.

La figura del Defensor del Pueblo tiene su origen en un país de este continente, como ya se señaló, en Suecia. Desde su creación hasta la fecha ha evolucionado en cuanto a su funcionamiento y potestades, adquiriendo diferentes particularidades en cada país en que está presente, especializando sus funciones en atención a variadas necesidades de diferentes grupos de personas.

La Red Europea del Ombudsman de la Niñez distingue entre estas instituciones, las Oficinas independientes, nacionales o regionales, creadas por la ley específicamente para la promoción de los derechos del niño, de aquellas Oficinas independientes nacionales o regionales, creadas por ley para la promoción de los derechos humanos en general, pero que incluye un foco especial en los derechos de la infancia.⁴²

A continuación revisaremos algunos casos de países que han establecido la figura del Ombudsman, o instituciones similares, en especial, aquellos casos que han establecido

⁴² INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. 2011. Estudio de Aproximación sobre el Estado de la Situación de las Oficinas de la Niñez y Adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales Independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. OEA. 22p.

defensores de niños, niñas y adolescentes u organismos que desempeñan funciones propias de estos defensores.

1.2.1.1. Alemania.

En este país no existe la institución del Ombudsman propiamente tal, pero sí cuenta con un organismo similar que cumple funciones propias de un Ombudsman, los Comités de peticiones a nivel nacional y regional, así reconocidos en la Red de Defensores del Pueblo de la Unión Europea⁴³.

El artículo 17 de la Ley Fundamental establece el derecho de toda persona, como individuo o en representación de la comunidad, a presentar quejas o peticiones a órganos y autoridades competentes, las cuales se presentan ante el Comité de Peticiones del Parlamento del país (*Bundestag*), el cual es nombrado por el Parlamento.

El inciso 1º del artículo 45 c de esta norma señala cómo funcionará el Comité, estableciendo que el *Bundestag* deberá establecer un Comité de Peticiones para tratar con solicitudes y quejas dirigidas al *Bundestag* en conformidad al artículo 17⁴⁴. Señalando a continuación, en el inciso 2º, que las funciones y potestades del Comité serán reguladas por una ley federal.

⁴³ DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. Declaración Red Europea de Defensores del Pueblo, adoptada en el VI Seminario de Defensores del Pueblo nacionales de los Estados Miembros de la UE y de los Países candidatos. [en línea] <<http://www.ombudsman.europa.eu/es/resources/statement.faces>> [consulta: 01 octubre 2014].

⁴⁴ BUNDESTAG. Basic Law for the Federal Republic of Germany. [en línea] <http://www.bundestag.de/blueprint/servlet/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_la-w-data.pdf> [consulta: 01 octubre 2014].

De esta manera, no existiendo un Ombudsman propiamente tal, en materia de protección de la infancia y adolescencia, Alemania adoptó un modelo un tanto diferente, donde el Presidente del *Bundestag* y los grupos parlamentarios establecieron una *Kinderkommission* (Comisión para la Infancia) en 1987. Esta *Kommission* está ligada a los Comités del *Bundestag* sobre Mujeres y Jóvenes y sobre Asuntos de la Familia y Ciudadanos de la Tercera Edad, de los cuales tiene una representación. Cada uno de los cuatro grupos parlamentarios nombró un Comisionado de la Infancia y estos cuatro Comisionados forman la *Kommission*. Su objetivo es representar los derechos del niño tanto en el parlamento como fuera de éste, sugerir políticas para la infancia y ayudar al parlamento a establecer prioridades.

Sin embargo, aunque su posición legal en el parlamento no está claramente definida y aunque no tiene independencia de éste por ser parte del proceso parlamentario, se considera que ha logrado promover una mayor sensibilidad en cuanto a las políticas de la infancia.⁴⁵

⁴⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 6p.

1.2.1.2. Austria.

En 1977 el Parlamento austríaco adoptó una ley federal sobre las funciones y organización del *Volksanwaltschaft* por un período determinado, sin embargo, en 1981 estas disposiciones fueron incorporadas a la Constitución Federal⁴⁶.

El defensor supervisa la actuación de la Administración federal, incluyendo sus aquellas sometidas al Derecho Privado. Cabe la posibilidad que los *Länder* declaren al Defensor competente en el ámbito de la Administración particular de cada Estado. El *Volksanwaltschaft* puede examinar los casos de oficio y actúa como asistente en la presentación de peticiones a la Cámara Baja Parlamentaria⁴⁷.

Podrá acudir al *Volksanwaltschaft* cualquiera que haya sufrido un agravio provocado por la Administración Federal, siempre que la queja se interponga por el directamente afectado, sin mayores requisitos formales, y no exista algún recurso legal que se pueda interponer.

El defensor austríaco es considerado como un organismo o agencia del Parlamento para el cual supervisa la actuación administrativa dirigida por el Gobierno. Es, sin embargo, independiente en el ejercicio de sus funciones. No está sometido a mandato imperativo⁴⁸.

En Austria, la Ley del Bienestar de la Juventud de 1989 exigía el establecimiento de un sistema de oficinas locales del Defensor, cuya función sería la de proporcionar

⁴⁶ CARMONA Y CHOSSAT, Juan Francisco. 2000. El Defensor del Pueblo Europeo. Serie Administración General. Madrid, España. INAP. 84p.

⁴⁷ Op. Cit. 85p.

⁴⁸ Ibid.

asesoramiento y asistencia a los menores de 18 años en caso de desavenencia con el sistema de bienestar y educación.⁴⁹

Luego, en 1991 se creó un Defensor Nacional de los Niños ubicado en el Ministerio de Medio Ambiente, Juventud y Familia. No es ni financiera ni políticamente independiente, pero, sin embargo, tiene capacidad para investigar a aquellos organismos gubernamentales que no hayan actuado adecuadamente con respecto a un niño.⁵⁰

1.2.1.3. Bélgica.

Existen en Bélgica como estado federal tres comunidades, la francesa, la flamenca y la germana, tal característica también singulariza a la figura del Ombudsman.

Desde la Ley de 22 de marzo de 1995 existen dos Ombudsman federales, uno de lengua flamenca y otro francófono, prosperando además la idea de 1994 de crear un órgano a escala nacional con las características del Ombudsman.

En lo que respecta al Ombudsman de la Comunidad flamenca, tiene competencia para supervisar las actuaciones del Ministerio de la Comunidad flamenca.

La Institución se crea por Decreto de 23 de octubre de 1991 sobre la publicación de documentos administrativos en los servicios e instituciones del ejecutivo flamenco. El Ombudsman es nombrado por el Gobierno flamenco.

⁴⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Ob. Cit. 5p.

⁵⁰ Ibid.

El Ombudsman tiene tres obligaciones: investigar las quejas, informar y ponerse en contacto con el servicio responsable y actuar como una instancia de apelación con respecto a la publicación de documentos administrativos. Su competencia está reducida a los departamentos y personal del Ministerio para la comunidad flamenca. Su actuación se referirá a las tareas desempeñadas por las autoridades públicas. Las quejas no pueden referirse a normas, leyes o decretos generales que completen la política del Gobierno flamenco. El Ombudsman puede, sin embargo, exponer recomendaciones para corregir la legislación⁵¹.

Al igual que otros Ombudsman, carece de poder sancionador, no siendo vinculante su opinión. También tiene el deber de entregar un informe anual al Gobierno flamenco y al colegio de secretarios generales. El gobierno lo presenta al Consejo flamenco⁵².

En el año 1991, el Consejo de la Comunidad Francesa de Bélgica decretó el nombramiento de un Comisionado para los Derechos del Niño con instrucciones generales para promover estos derechos. Esta oficina tiene poderes para solicitar a las autoridades públicas que realicen investigaciones y para requerir la disponibilidad de documentos de todas las oficinas públicas y de las privadas que reciben ayudas públicas.⁵³

En la Bélgica de lengua flamenca, la Agencia Oficial de Atención al Niño *Kind en Gezin* creó en 1992 un Servicio de Defensa para niños menores de seis años, con el mandato específico de supervisar y mejorar la ayuda que reciben los niños pequeños

⁵¹ CARMONA Y CHOSSAT, Juan Francisco. El Defensor del Pueblo Europeo. Op. Cit. 91p.

⁵² Op. Cit. 92p.

⁵³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 4p.

desde las agencias e instituciones de atención a la infancia. El Defensor es un funcionario que depende de una agencia pública, y aunque esto limita la libertad que se otorga a los Defensores independientes, la relación de la oficina con el gobierno se ve como una posibilidad de disponer de mayores oportunidades para iniciar investigaciones en interés de los niños, y su estatus oficial da más peso a los informes que presenta.⁵⁴

1.2.1.4. Dinamarca.

El Ombudsman danés se configura en la Constitución de 1953, siguiendo el modelo sueco de defensa del ciudadano.

Las funciones básicas que desempeña el Ombudsman son las de supervisión, en representación del Parlamento, de la Administración central, civil y militar, el poder local y otras instituciones público-administrativas⁵⁵.

Su funcionamiento reúne las características generales que hemos señalado anteriormente, esto es recibir quejas de los ciudadanos respecto de decisiones administrativas o simple vía de hecho, cuyo titular sea la Administración, también puede actuar de oficio. Recibida la queja o tras la iniciativa de actuar de oficio, solicita a la autoridad implicada sus comentarios sobre los hechos que motivaron el actuar del Defensor, actuando como mediador. Tal autoridad queda obligada a presentar toda información que pueda requerir el Defensor, quien además podrá inspeccionar a la

⁵⁴ Op. Cit. 5p.

⁵⁵ CARMONA Y CHOUSAT, Juan Francisco. El Defensor del Pueblo Europeo. Op. Cit. 70p.

institución. Junto con estas funciones, también tiene el deber de emitir un informe anual al Parlamento, sin por esto perder su independencia.

En este modelo el Ombudsman tampoco puede tomar decisiones vinculantes, aunque sus recomendaciones son prácticamente siempre llevadas a efecto. Si el Defensor observa que personas sujetas a su control han cometido delito en función de su cargo puede solicitar de la fiscalía el inicio de una investigación y demandarle frente a tribunales ordinarios. Si un funcionario ha cometido faltas en su conducta con los ciudadanos, el defensor puede ordenar al organismo administrativo competente que se inicie el correspondiente procedimiento sancionador⁵⁶.

Sin existir un Defensor especializado en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, en este país se creó el Consejo Nacional para los Derechos del Niño de Dinamarca, el cual surgió de una resolución del Parlamento, pero sin ninguna ley. En 1995 inició su actuación, por un período de prueba de tres años, como organismo con financiación pública ubicado en el Ministerio de Asuntos Sociales. Su cometido es promover los derechos de la infancia a través de un proceso de consulta directa a los mismos niños sobre los temas clave que les preocupan. Aunque formalmente es independiente del gobierno, algunas ONGs en Dinamarca han expresado su preocupación por que consideran que el Consejo es un sustituto deficiente del Defensor: no es completamente independiente, ni utiliza la Convención como marco para su política de trabajo.⁵⁷

⁵⁶ Op. Cit. 71p.

⁵⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Ob. Cit. 6p.

1.2.1.5. España.

Se establece por medio de ley orgánica⁵⁸ que el Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

En concordancia con las funciones que detenta el Defensor, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, establece que para la defensa y garantía de sus derechos, el menor puede: “(...) plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo, y a tal fin, uno de los dos Adjuntos de dicha Institución será designado para hacerse cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los niños”⁵⁹. Es decir, que sin establecer un Defensor con funciones específicas en materia de protección de la infancia, sí se establece expresamente la función indicada en esta materia particular.

Es importante señalar, que dada la forma político territorial en que España se organiza, las Comunidades Autónomas ostentan las competencias asumidas por sus respectivos Estatutos, los cuales en su mayoría disponen la protección y tutela de menores y ha sido que en cumplimiento de este deber asumido es que, por ejemplo en Andalucía se ha ido más allá, al crearse en 1998 un Defensor del Menor Andaluz, adjunto al Defensor del Pueblo de esta Comunidad Autónoma⁶⁰.

⁵⁸ ESPAÑA. 1981. Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español 3/1981. 6 Abril 1981.

⁵⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Ob. Cit. 6p.

⁶⁰ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. 2005. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Madrid, España. 192p.

En particular, hablaremos del Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuya creación se estableció en la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia en la Comunidad de Madrid, dictada en 1995, como un Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid, con el objeto de salvaguardar los derechos de los menores.

Un año después, se dicta la Ley del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.

Se señala⁶¹ que este Defensor será nombrado por la Asamblea de Madrid para supervisar la actuación de la Administración autonómica, incluso de las entidades privadas, que presten servicios a la infancia y adolescencia (esto constituye una gran diferencia con otras instituciones de otras Comunidades Autónomas, que sólo supervisan los actos de la Administración autonómica) tramitar quejas que se refieran a la vulneración o amenaza de los derechos de niños y adolescentes, pudiendo también proponer reformas normativas, con el fin de hacer más eficaz la defensa de sus derechos, y divulgar el conocimiento y ejercicio de los derechos de niños y adolescentes. Junto con estas funciones, también debe promover la realización de investigaciones que faciliten el conocimiento de las condiciones de ejercicio y desarrollo por parte de niños y niñas de sus derechos⁶².

Es necesario mencionar la obligación establecida en el artículo 20 de la Ley del Defensor que recae en entidades públicas o privadas que reciban financiamiento público

⁶¹ ESPAÑA. 1996. Ley del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid 5/1996. 8 julio 1996.

⁶² TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas?. Op. Cit. 119p.

de dar carácter preferencial al Defensor al momento de realizar alguna investigación o inspección, auxiliándolo en estas funciones.

Es preciso señalar que esta institución fue suprimida el año 2012, señalándose como argumento que el Defensor del Pueblo de España ya tiene como competencia velar por la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución Española de 1978, entre los cuales se encuentran los derechos de los menores de edad recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, dentro de sus competencias también se encontrarán las establecidas para el Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.

1.2.1.6. Gales.

En este país, la creación del Ombudsman tiene ciertas particularidades, al ser el país de Gales, junto con Escocia, Irlanda del Norte e Inglaterra países que integran el Reino Unido, tiene su origen en la creación del *Parlamentary Commissioner for Administration* en Gran Bretaña, en 1967 por medio del *Parlamentary Commissioner Act*. Entre sus funciones está la de investigar reclamos de particulares y corporaciones que no sean autoridades locales o corporaciones públicas que se quejan por los perjuicios provenientes de una “sostenida injusticia”⁶³.

⁶³ QUINZIO, Jorge Mario. 1992. El Ombudsman, el Defensor del Pueblo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 49p.

El Comisionado Parlamentario no puede actuar de oficio y las quejas tampoco se interponen directamente ante él, sino que las denuncias se presentan ante un parlamentario de la Cámara de los Comunes.

Al igual que en el caso de otros Ombudsman, debe elaborar un informe anual respecto de las materias investigadas y presentarlas antes ambas Cámaras. También carece de facultades coercitivas.

Se puede señalar que el primer antecedente al establecimiento de un Ombudsman en Gales lo constituye la designación de un Comisionado para la Salud en 1973, a fin de recibir las quejas en contra del Servicio Nacional de Salud⁶⁴. Al año siguiente, en 1974, la *Local Government Act 1974* creó la figura del Ombudsman a nivel local mediante la institución de *Local 3 Commissioners* pertenecientes a la *Commission for Local Administration* de Inglaterra.

En este país, luego de la creación en 1998 de la Asamblea Nacional de Gales, como parte de un proceso de devolución de autonomía y descentralización administrativa a favor de Gales (Escocia e Irlanda del Norte), impulsada por el Reino Unido, se establece por esta Asamblea, a finales del 2000, el Comisionado del Niño en Gales (*Children's Commissioner for Wales*).

Desde mediados de la década de los noventa se comienza a discutir la necesidad de establecer una Comisión con estas características, pero es con la publicación del Reporte Waterhouse, un informe del Tribunal establecido para investigar los casos de abusos de niños en el norte de Gales entre los años 1974 y 2000. La amplia evidencia constatada

⁶⁴ Op. Cit. 50p.

acerca de serios abusos físicos y sexuales cometidos en contra de niños y niñas internados generó una inmensa conmoción pública. Una de las principales recomendaciones propuestas por el tribunal para prevenir, detectar y abordar casos de abusos en el futuro fue establecer un Comisionado del Niño en Gales para asegurar que los derechos de los niños fueran respetados y para monitorear los mecanismos existentes para interponer reclamos, denuncias y para prestar defensa a los niños afectados. La publicación de este Reporte constituyó el principal impulso para el establecimiento de este comisionado.⁶⁵

Junto con este Reporte, la Asamblea Nacional inicia el debate sobre el Establecimiento del Comisionado del Niño, a raíz de la discusión de la ley sobre estándares de protección de los servicios sociales y de salud, surgiendo como una primera aproximación la idea de establecer un director de los derechos del niño, la cual se desechó puesto que implicaba crear una institución dependiente de la Administración Pública.

Finalmente, en el año 2000 se establece en la Ley sobre Estándares de Protección Social el Comisionado del Niño, un organismo público e independiente, que centra sus funciones en la protección de los derechos de los niños a través de la provisión de los servicios cuya responsabilidad ha sido delegada a Gales y que son regulados en esta ley. Posteriormente, la Asamblea Nacional estimó necesario ampliar esta competencia con el fin de proteger y promover en general los derechos y bienestar de los niños, para lo cual dictó la Ley del Comisionado del Niño en el año 2001, confiriéndole a éste un mandato

⁶⁵ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas? Op. Cit. 107p.

más amplio no limitado a los servicios de protección social. El primer Comisionado del Niño asumió sus funciones en marzo de 2001⁶⁶.

Las funciones primordiales del Comisionado son⁶⁷:

- Evaluar los efectos en los niños de las políticas públicas y de la provisión de servicios públicos. Para ello puede examinar la legislación existente o en discusión en la Asamblea Nacional, la provisión de servicios sociales que son responsabilidad del Gobierno de Gales y el ejercicio de cualquier otra función pública que afecte los derechos o bienestar de los niños en Gales.
- Evaluar y monitorear los procedimientos establecidos, por los organismos e instituciones que proveen servicios sociales directamente a los niños o en beneficio de ellos, examinando las denuncias y reclamos que sean presentados y proponiendo medidas en casos en que exista información respecto de la ocurrencia de actividades dañinas para los intereses de los niños.
- Proveer asistencia e información a niños y niñas respecto de sus derechos.
- Examinar casos particulares de niños cuando se estime que éstos tienen implicancia general para los intereses de los niños.
- Proveer asistencia, incluida la financiera, y representar a niños en conflictos que tengan relación con los procedimientos monitoreados por el Comisionado.

Resulta interesante señalar el mecanismo de designación del Comisionado, en el cual participan activamente jóvenes en diferentes etapas del proceso de nombramiento, evaluación y selección de candidatos.

⁶⁶ Op. Cit. 108p.

⁶⁷ Op. Cit. 109p.

1.2.1.7. Islandia.

En este país, el Defensor del Pueblo Parlamentario fue creado mediante ley, el año 1987 (Ley 13/1987⁶⁸), luego de sucesivas discusiones en el Parlamento. Posteriormente, en 1996 fue presentado un nuevo proyecto de Ley sobre el Defensor, que fue aprobado, publicándose la Ley 85/1997, que actualmente rige sus funciones.

El objetivo fundamental del Defensor del Pueblo es de controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas, tanto del Estado como de las autoridades locales, y de proteger los derechos de los ciudadanos frente a las autoridades del país. El Defensor del Pueblo procurará que el principio de igualdad se haga respetar, y que la administración pública se conduzca por lo demás en conformidad con la ley y buena práctica administrativa. Al ejercer sus funciones el Defensor del Pueblo es independiente y no recibe instrucciones de ninguna autoridad, incluso el Parlamento⁶⁹.

En este país, el Defensor de los Niños fue establecido en 1995 por la Ley sobre el Defensor de los Niños N° 83 de 1994⁷⁰, se le encomendó la labor de “mejorar el destino de los niños, así como salvaguardar sus intereses, necesidades y derechos”; y conforme a dicho cometido, tiene poderes para investigar a las organizaciones, o a los individuos

⁶⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO EN ISLANDIA. Acerca del Defensor del Pueblo. [en línea] <<http://www.umbodsmaduralthingis.is/category.aspx?catID=5>> [consulta: 26 septiembre 2014].

⁶⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO EN ISLANDIA. Información en español. [en línea] <<http://www.umbodsmaduralthingis.is/category.aspx?catID=15>> [consulta: 26 septiembre 2014].

⁷⁰ OFICINA DEL OMBUDSMAN PARA NIÑOS EN ISLANDIA. Información General. [en línea] <<http://barn.is/um-embattid/upplysingar-a-erlendum-tungumalum/enska/>> [consulta; 26 septiembre 2014].

pertenecientes a ellas, que hayan actuado en contra de los derechos, las necesidades y los intereses de la infancia.

Actúa con independencia del ejecutivo, pero debe informar anualmente al primer ministro.⁷¹

1.2.1.8. Noruega.

La institución del Ombudsman fue establecido en Noruega el año 1962 a través de Ley Parlamentaria, teniendo su antecedente en el Ombudsman Militar (*Ombudsman for Forsvaret*).

Sus facultades están acotadas a opinar, recomendar, a sugerir, careciendo de legitimación para seguir siquiera penalmente a los funcionarios que actuaran irregularmente, sin tener tampoco la posibilidad de solicitar que una autoridad competente lo haga⁷². Además, para iniciar su actuar, el interesado debe acreditar que tiene un interés para reclamar.

Actualmente, a raíz de una enmienda realizada al artículo 3 de su Ley Orgánica, vigente desde el 1º de enero de 2004, tiene la función explícita de tutelar el respeto por los derechos humanos, así lo establece: “Las tareas del Ombudsman en su calidad de representante del Parlamento y de la forma establecida en la presente ley, consistirá en

⁷¹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 4p.

⁷² CONSTENLA, Carlos. 2010. Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo. Madrid, España. Editorial Reus S.A.. 218p.

garantizar que la Administración Pública no cometa injusticia contra los ciudadanos, y en contribuir al respeto de los derechos humanos”⁷³

A nivel internacional el primer Defensor de los Niños fue establecido en Noruega en 1981 por la Asamblea Nacional de Noruega, la cual aprobó el Acta Parlamentaria N° 5. Dado que su instauración fue previa a la Convención de los Derechos del Niño, el año 1998 su marco regulatorio fue modificado con el fin de ajustar su normativa a la Convención.

Este Defensor tiene como función primordial promover los intereses de los niños frente a las autoridades públicas y privadas, y supervisar el desarrollo de las condiciones en las que crecen los niños.

Para ejercer sus funciones se le garantiza al Defensor el libre acceso a todas las instituciones públicas y privadas relacionadas con los niños. Toda autoridad gubernamental y toda institución pública y privada relacionada con los niños deberá entregar cualquier información que el Defensor requiera para el ejercicio de sus obligaciones. En caso de negativa o conflicto en la interpretación de esta facultad legal, el asunto podrá ser llevado ante una Corte de Justicia para que ésta decida.

Las únicas restricciones a su actividad se refieren a su intervención en conflictos familiares o temas que ya han sido juzgados ante un Tribunal de Justicia. Tiene derecho a acceder a todos los documentos relacionados con cualquier caso que afecte a aquellos niños de los cuales se están ocupando las autoridades públicas, así como derecho a

⁷³ Op. Cit. 219p.

acceder a las instituciones públicas de atención a la infancia (por ejemplo, centros de acogida, etc.)⁷⁴.

Es importante señalar, que no obstante la existencia de esta institución, existía una tarea pendiente en cuanto a la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Noruega en 1991, la cual no era posible de ser plenamente aplicada por no haber sido incorporada en la legislación nacional noruega. Es por ello que durante la última década fue una tarea esencial del Defensor del Niño promover la plena incorporación de la Convención a nivel nacional.

No obstante las sucesivas recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, recién en el año 2003 el Gobierno Noruega presentó el proyecto de ley para incorporar plenamente la Convención en la legislación nacional, lo que fue aprobado en octubre de 2003⁷⁵.

1.2.1.9. Suecia.

En 1809 la Constitución sueca estableció la figura del Ombudsman, con autonomía tanto del Rey, como del Parlamento y Justicia.

⁷⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 4p.

⁷⁵ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El Defensor del Niño: ¿Una Institución eficaz para la promoción y protección de los Derechos de Niños y Niñas? Op. Cit. 102p.

Originalmente se creó para que el Parlamento pudiera cerciorarse de que todos los jueces, funcionarios públicos y oficiales militares respetaban las leyes y decretos⁷⁶.

El artículo 96 del texto constitucional le atribuyó facultades dirigidas fundamentalmente a controlar a la administración y a la justicia; a tal fin se le encomendó la observancia de la aplicación de las leyes y los reglamentos del reino por parte de todos los funcionarios públicos, pudiendo inclusive, citar a juicio ante los tribunales a quienes por parcialidad, favoritismo o por cualquier otro motivo, hubieran cometido actos ilegítimos o incumplido los deberes del cargo⁷⁷.

En Suecia, la extensión de la actividad social a nuevos espacios y el enorme crecimiento de la Administración durante las décadas que corren después de la última guerra mundial, determinó que el Ombudsman fuera asumiendo nuevas responsabilidades y compromisos, al punto que se pensara, crear Ombudsman especiales para atender cuestiones puntuales: abusos en materia impositiva, cuidado de los niños y de las personas de mayor edad, etc. Aumentaron las quejas, y cuando en 1968 se suprimió el Ombudsman militar, se instruyeron otros, existiendo hoy una pluralidad de Ombudsman (cuatro) que gozan de igual status jurídico⁷⁸.

En este país, el Defensor de los Niños tiene su antecedente en la creación, por la ONG *Save the Children*, en los años setenta, de un Ombudsman no gubernamental para promover el establecimiento de una institución nacional a favor de los derechos del Niño.

⁷⁶ MOURE PINO, Ana María El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Ob. Cit. 45p.

⁷⁷ CONSTENLA, Carlos. Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo. Op. Cit. 209p.

⁷⁸ Op. Cit. 211p.

Muchos años después, se crea en 1993 la Oficina del Defensor de los Niños por Ley, estableciendo su misión de “hacer valer las necesidades, los derechos y los intereses de los niños y los jóvenes, y de asegurar que Suecia cumple con los compromisos asumidos al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”⁷⁹.

El Ombudsman de la infancia se ocupa de supervisar todas las cuestiones que afecten a los derechos e intereses de los niños y los jóvenes. En particular verifica que las leyes y otros instrumentos jurídicos, así como la aplicación que se hace de ellos, estén en conformidad con los compromisos asumidos por Suecia en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las cuestiones que están fuera del ámbito de la Convención también pueden ser examinadas por el Ombudsman de la infancia en los casos en que atañen a los derechos y las esferas de interés que está facultado para supervisar⁸⁰. También actúa como un órgano consultivo en el proceso de elaboración de leyes que conciernan a los niños y jóvenes⁸¹.

Actúa como un consejo nacional bajo la supervisión del Ministerio de Salud y Asuntos Sociales, pero debe rendir cuentas ante el Parlamento anualmente⁸². De todas formas, es un órgano independiente y no político.

⁷⁹ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 4p.

⁸⁰ MOURE PINO, Ana María. El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Op. Cit. 52p.

⁸¹ Ibid.

⁸² CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 4p.

1.2.1.10. Unión Europea.

Finalmente, analizaremos la situación de Europa, como un continente que ha vivido un proceso de integración entre la mayoría de sus países, primero impulsado por la cooperación económica, luego atendiendo diferentes demandas de los ciudadanos de los países integrantes, especialmente en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Es así, como en el marco de la ciudadanía europea, surge la figura del Defensor del Pueblo Europeo, debido a que la protección judicial de los ciudadanos en el sistema comunitario tenía lagunas e insuficiencias, derivadas del acceso limitado de aquellos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el caso de la Unión Europea, en sus Tratados Constitutivos e incluso antes de Lisboa, ya con las Comunidades Europeas se estableció el reconocimiento de esta figura, pero más bien con carácter definitorio de la institución, sin determinar con precisión sobre lo que serían sus competencias, funciones, y demás normas que garanticen el pleno desarrollo de la labor que tendría encomendada.

Fue a partir del Tratado de Maastricht, en 1992, cuando resurge esta figura en el derecho europeo, que era ya ampliamente conocida en los países que integran la Unión Europea⁸³.

El Defensor ofrece una protección no jurisdiccional adaptada a las necesidades de los ciudadanos en lo que supone un medio de recurso directo, rápido, informal y gratuito

⁸³ MOURE, Ana María. 2004. El Defensor del Pueblo y su establecimiento en Chile. Universidad de Alcalá. Madrid, España. 5p. [en línea] <<http://www.ombudsman.cl/pdf/doc-moure.pdf>> [consulta: 26 junio 2014].

para la presentación de quejas y reclamaciones respecto a los casos de mala administración en el funcionamiento de las instituciones y órganos comunitarios⁸⁴.

Es preciso señalar que el papel que el Defensor del Pueblo puede desempeñar para controlar la correcta aplicación del Derecho comunitario, está seriamente limitado en tanto que la actuación de las autoridades nacionales queda excluida del ámbito de sus competencias. El control de estas autoridades cuando actúan en relación a normas comunitarias sólo podrán controlarse a nivel nacional por otras instituciones, como por ejemplo los Defensores del Pueblo ya nacionales.⁸⁵

Cabe mencionar, que según los artículos 8 D y 138 D del Tratado de Maastricht, todo ciudadano de la Unión tiene derecho a reclamar ante el Defensor del Pueblo respecto de casos de mala administración⁸⁶ en la actuación de las instituciones u órganos

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ CENTRO DE INICIATIVAS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO (CICODE). 1999. El Fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano. Alcalá de Henares, España. Servicio de Publicaciones de Universidad de Alcalá. 14p.

⁸⁶ La Oficina del Defensor entiende por mala administración toda actuación de Instituciones y órganos de la Unión en las que se advierten medidas deficientes que se derivan de la aplicación inadecuada de una norma, tales como:

- irregularidades administrativas,
- omisiones
- abusos de autoridad,
- negligencia,
- procedimientos ilícitos,
- agravios comparativos,
- incompetencia,
- discriminación,
- demoras injustificadas,
- falta de información o negativa a proporcionar información.

Cit. MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. 2010. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. 6ª ed. Madrid, España. Editorial Tecnos. 157-158p.

comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.⁸⁷

De esta manera, si la tarea del Defensor es evitar la “mala administración” de las actuaciones comunitarias, una parte importante de su trabajo es asegurar que las mismas sean respetuosas de los derechos humanos. Muchas de las reclamaciones y de los casos de oficio abiertos por el Defensor del Pueblo Europeo tiene relación directa con la defensa de importantes derechos ciudadanos.⁸⁸

Es en este contexto, de compromiso con la protección de los derechos humanos y garantía de los mismos, es que el Derecho de los niños en Europa se inserta en el marco de acción de dos organizaciones internacionales, de diversa naturaleza jurídica, en torno a las cuales se agrupan los Estados europeos: el Consejo de Europa y las Comunidades Europeas (Unión Europea). Las relaciones entre ellas son de especial intensidad, debido a que todos los Estados que integran la Unión Europea forman parte, junto con otros, del Consejo de Europa⁸⁹.

Sin embargo, ni en el Consejo ni en la Unión Europea existe un organismo con competencias exclusivas en materia de menores. El Derecho de los niños se desarrolla, por lo tanto, mediante las instituciones ordinarias de cada una de las organizaciones⁹⁰.

De todas maneras, como se señaló, la Unión Europea cuenta con la institución del Ombudsman (Defensor del Pueblo Europeo), vinculada con el derecho a una buena

⁸⁷ CENTRO DE INICIATIVAS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO (CICODE). El Fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano. Op. Cit. 4p.

⁸⁸ Op. Cit. 18-19p.

⁸⁹ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. 2005. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Madrid, España. 79p.

⁹⁰ Op. Cit. 80p.

administración, el cual tiene como características los rasgos generales indicados en el Título I, número 1, por lo cual eventualmente podría atender a reclamaciones que se refieran a la vulneración de los derechos del Niño, reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, como en instrumentos adoptados por en el seno del Consejo y la Unión Europea⁹¹.

Finalmente, cabe señalar que en la Unión Europea se ha pensado, sin materializarse todavía, en el nombramiento de un defensor comunitario de los niños encargado de salvaguardar sus derechos e intereses, de recibir las solicitudes y quejas, y de velar por la aplicación de las leyes que los protegen, así como para informar y orientar la acción de los poderes públicos a favor de sus derechos (punto 6 Carta Europea de los Derechos del Niño). Y, en el Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria, sobre una estrategia europea de los niños, ha recomendado que se constituya en su seno una estructura intergubernamental permanente, de composición multidisciplinaria, con competencia para atender todas las cuestiones relativas a los niños⁹², así consta en la Recomendación 1286, apartado 10º. i).

⁹¹ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950, Tratado de Niza, Carta Europea de Derechos Fundamentales, Carta Europea de los Derechos del Niño, Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996, por mencionar algunos.

⁹² FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. 2005. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Madrid, España. 80p.

1.2.2. América Latina.

En esta región ha existido una fuerte influencia del Defensor del Pueblo Español, el cual se ha definido como el caso de un Ombudsman de los derechos humanos, institución que convive con funciones tanto de control de la Administración y resolución de quejas particulares, como de protección, promoción y fortalecimiento de mecanismos de exigibilidad de los derechos humanos.

Se ha señalado que en América Latina se optó por la figura de un Ombudsman general que realiza la defensa de la totalidad de derechos humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos, si bien existen oficinas, áreas, adjuntías, programas o unidades especializadas (según el nombre que adapte cada institución) y a su vez una persona como principal responsable de las temáticas relacionadas con la niñez y la adolescencia. Estos responsables, en algunos casos, son a su vez responsables de poblaciones prioritarias relacionadas como lo son las temáticas de mujer y juventud principalmente.⁹³

A continuación, revisaremos la situación de algunos países de Latinoamérica, en cuanto a la creación de Defensores del Pueblo, especialmente, en cuanto al establecimiento de Defensores para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁹³ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. Estudio de Aproximación sobre el Estado de la Situación de las Oficinas de la Niñez y Adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales Independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Op. Cit. 22p.

1.2.2.1. Argentina.

En el año 1993, se sanciona la ley N° 24.284, mediante la cual se instituye legislativamente la figura del Defensor del Pueblo y en el año 1994, adquiere rango constitucional⁹⁴.

Es preciso señalar que la Ley 24.284 tomó como fuente la Ley Orgánica Núm. 3/1981, de fecha 6 de abril de 1981, que regula la Institución del Defensor del Pueblo de España⁹⁵.

En 1994 se incluye la figura en el texto constitucional, estableciendo en su artículo 86 de su Constitución Política que la función del Defensor del Pueblo será la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Asimismo indica que se trata de un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

En cuanto a la protección de la infancia y adolescencia, resulta interesante ver el intento que se realizó en el Departamento de Guaymallén, provincia de Mendoza a partir de la experiencia interinstitucional desarrollada por el Consejo Comunal de la Niñez y Adolescencia, creado en el año 1994 por una Ordenanza Comunal, como un organismo

⁹⁴ VINAGRE, Sebastián. 2014. Defensorías del Pueblo, Diferentes Estamentos en la Argentina. En: SEMINARIO INTERNACIONAL La Institución del Ombudsman en el derecho comparado y su establecimiento en el orden jurídico chileno. 24 de marzo. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 4p.

⁹⁵ ESCOBAR ROCA, Guillermo. 2008. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Navarra, España. Thomson / Aranzadi. 29p.

multisectorial de carácter local y como una instancia institucional de toma de decisiones para la elaboración y coordinación de propuestas integrales de políticas para la niñez y adolescencia. Producto de la labor realizada por esta institución, se crea en 1996 la Oficina de Defensa de los Derechos del Niño y el Adolescente, que funcionó hasta el año 2003, tuvo como misión “la protección integral de los derechos de la población de 0 a 18 años a través de la promoción y difusión de los derechos y la atención a los niños y adolescentes en situación de amenaza o vulneración de derechos”⁹⁶.

La Oficina de Defensa de Derechos del Niño y el Adolescente realizó las siguientes funciones⁹⁷:

- Promover la creación y fortalecimiento de espacios donde los niños y adolescentes participen en la planificación de las diferentes acciones.
- Problematizar las instituciones estimulando la alteración de sus prácticas para así fortalecer y crear estrategias de inclusión que incorporen a los niños y adolescentes a la oferta de servicios implementados desde las políticas sociales básicas.
- Investigar, desarrollar e implementar modalidades de apoyo a la familia que permitan fortalecer su protagonismo en la crianza y desarrollo de los niños y adolescentes.
- Garantizar asistencia legal y social a los niños y adolescentes víctimas de delitos (artículo 8 de la ley provincial) y aquellos imputados de delitos (artículos 131, 132 y 133 de la ley provincial, 40 de la CDN) e implementar algunas de las medidas de

⁹⁶ KONTERLLNIK Irene, MUÑOZ Teresa, y PELLIZA Cecilia. 1999. Gestión de Políticas para la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Un Modelo en Construcción. 1999. Buenos Aires, Argentina. UNICEF. 42p.

⁹⁷ Op. Cit. 43p.

protección del artículo 180 de la ley provincial en situaciones de amenaza y/o violación de derechos.

- Planificar, articular y coordinar las acciones de las distintas áreas del Municipio dirigidas al sector.

Es así, como esta institución puede ser considerada como un antecedente institucional de un organismo con competencia específica en materia de protección de derechos de la infancia y adolescencia, si bien no tuvo las características propias de un Defensor del Pueblo.

Actualmente está presente la figura del Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, incorporado su Constitución (artículo 55), a partir de su reforma en el año 1994, como un organismo de carácter constitucional, unipersonal, autónomo e independiente que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de los habitantes de la Provincia, incluyendo los de carácter cívico, político, social, económico y cultural. También garantiza que las instituciones y los funcionarios del Gobierno cumplan con sus deberes y respeten la Constitución y las leyes vigentes; supervisa que las empresas de servicios públicos y privados brinden los servicios de manera adecuada a toda la comunidad y atiende las inquietudes de las personas que se sientan afectadas por: ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente, falta de respuesta a reclamos efectuados, mala prestación, atención o trato, insuficiencia de información, ineficacia de servicios⁹⁸.

⁹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO Provincia de Buenos Aires. El Defensor del Pueblo [en línea] <<http://www.defensorba.org.ar/el-defensor-del-pueblo.php>> [consulta: 7 julio 2014].

Si bien en esta provincia no tiene un Defensor que ejerza funciones específicas respecto de los derechos del niño, sí tiene la facultad de intervenir ante hechos, actos u omisiones de agentes de la administración pública provincial, sus entes descentralizados, las fuerzas de seguridad, empresas del Estado. Que causen una amenaza, vulneración o menoscabo a los derechos de niños y adolescentes. Así su función es proteger y defender derechos humanos. individuales y sociales de los niños y adolescentes; supervisar y garantizar que las instituciones y funcionarios del gobierno provincial cumplan con sus deberes y respeten la Constitución y las leyes vigentes; controlar que los servicios públicos se brinden en condiciones adecuadas, y atender las inquietudes de personas que se sientan afectadas por abusos, negligencias e irregularidades⁹⁹.

En la provincia de Santa Fe se estableció el primer Ombudsman con competencia en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el cual comenzó sus funciones el 8 de marzo de 2012, en el marco de la sanción de la Ley Nacional 26.061 (Ley Nacional de Protección Integral), Ley Provincial 12.967 (sobre promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en virtud de la cual adhiere a la Ley Nacional 26.061) y, por supuesto, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyendo así un organismos estatal de garantía de los derechos humanos de este grupo vulnerable.

Creado por la Ley 26.061, se establece que tendrá a su cargo velar por la protección y la promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes consagrados en la Constitución Argentina, Convención sobre derechos del Niño y las leyes nacionales.

⁹⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO Provincia de Buenos Aires. Infancia y Adolescencia. [en línea] <<http://www.defensorba.org.ar/infancia-y-adolescencia.php>> [consulta: 7 julio 2014].

Para estos efectos debe defender los derechos individuales y colectivos, presentar acciones ante el Poder Judicial, supervisar instituciones públicas y privadas que se dediquen a la atención de niños, niñas y adolescentes.¹⁰⁰

También despliega una red de monitoreo del Sistema Provincial de Infancias, tanto en el sector público como en el privado.

Finalmente, se encarga de la promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes para su apropiación por parte de la comunidad y para incidir en la toma de decisiones de políticas públicas.

Se señala por esta institución que impulsa la participación en redes nacionales e internacionales para el intercambio de experiencias y cooperación. Forma parte de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO) y coordinamos la Red de Infancia de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA)¹⁰¹.

1.2.2.2. Bolivia.

La Institución del Defensor del Pueblo está consagrada constitucionalmente desde el año 1994, señalando en su artículo 127 que la función del Defensor radica en velar por la vigencia de los derechos y garantías de las personas en relación a la actividad

¹⁰⁰ MORLACHETTI, Alejandro. 2013. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Santiago, Chile. CEPAL y UNICEF. 16p.

¹⁰¹ DEFENSORÍA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Provincia de Santa Fe. Nuestro trabajo. [en línea] <<http://www.defensorianna.gob.ar/defensoria/nuestro-trabajo.html>> [consulta: 7 julio 2007].

administrativa de todo el sector público. Asimismo, vela por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos. Señalando a continuación, que no recibe instrucciones de los poderes públicos.

Además de la Constitución, es la Ley 1818 del Defensor del Pueblo, de 22 de diciembre de 1997 la que dispone extensivamente las atribuciones del mismo¹⁰².

En virtud de la Ley 2028/1999 de Municipalidades se dispone que los gobiernos municipales deben organizar y reglamentar las Defensorías Municipales de la Niñez y Adolescencia (DMNA), las cuales son un servicio municipal gratuito de protección y defensa socio-jurídica dependiente de cada gobierno municipal que vela por la protección y el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.¹⁰³ De conformidad al código de la materia (art. 8)¹⁰⁴, se establece que deben «denunciar la violación de los derechos de la niñez y adolescencia, velar por su interés e intervenir en su defensa; conocer la situación de NNA¹⁰⁵ en instituciones públicas o privadas y promover la realización de diagnósticos participativos; y velar por el cumplimiento de las sanciones a locales públicos que contravengan la integridad moral y física de los NNA».

En líneas generales, el funcionamiento de las DMNA es deficiente. Según el propio Estado, sus principales problemas son el desinterés en la temática de la niñez y adolescencia, la capacidad limitada en el área rural, la designación de personal que no

¹⁰² ESCOBAR ROCA, Guillermo. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Op. Cit. 57p.

¹⁰³ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 17p.

¹⁰⁴ BOLIVIA. 1999. Ley 2026/99 Código del Niño, Niña y Adolescente. 27 octubre 1999.

¹⁰⁵ Niños, Niñas y Adolescentes.

cumple con los requisitos básicos, su inestabilidad funcionaria y el reducido presupuesto¹⁰⁶.

1.2.2.3. Colombia.

Este país fue el primero de la región que incorporó a la Defensoría dentro de su ordenamiento. Dada las difíciles condiciones que presentaba el país como consecuencia de la violencia armada, la Defensoría del Pueblo asumió un papel muy valioso en la defensa y protección de los derechos de la población civil y las personas desplazadas.¹⁰⁷

Consagrado en el artículo 281 de su Constitución Política de 1991, establece que el Defensor formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la dirección del Procurador General de la Nación.

El desarrollo legal de las normas constitucionales (artículos 281, 282, 283 y 284) se realizó con la Ley 24 de 1992, cumpliendo con el mandato constitucional que indica que será una ley la que determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría. Es así, como el artículo 1 de la ley determina la naturaleza jurídica y el mandato general que ha de cumplir esta institución, reiterando nuevamente que es un organismo que forma parte del Ministerio Público, que ejerce sus funciones bajo la

¹⁰⁶ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Op. Cit. 123p.

¹⁰⁷ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. 2001. ¿Qué es el Defensor del Ciudadano?. Lima, Perú. CAJ. 8p.

dirección del Procurador General y que le corresponde esencialmente velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos.

Se ha señalado¹⁰⁸ que es el responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos de los habitantes del territorio nacional y de los colombianos en el exterior, en el marco del Estado Social de Derecho democrático, participativo y pluralista, mediante las siguientes acciones integradas:

- Promover, ejercer y divulgar los derechos humanos.
- Proteger y defender los derechos humanos y prevenir sus violaciones.
- Fomentar la observancia del derecho internacional humanitario.
- Atender, orientar y asesorar en el ejercicio de sus derechos.
- Proveer el acceso a la administración de justicia, en los casos señalados en la Ley.

La Ley 24 antes mencionada, en virtud de lo establecido en el artículo 283 de la Constitución, establece en su artículo 18 la estructura orgánica de la Defensoría, estableciendo que formarán parte de su organización las Defensorías Delegadas, entre las cuales está la Defensoría para la Infancia, Juventud y Adulto Mayor. Es una unidad asesora del Despacho del Defensor del Pueblo encargada de asesorarle en lo relacionado con la divulgación, protección y promoción de los derechos humanos de los grupos a su cargo, así como con el seguimiento de las políticas públicas que propenden por su

¹⁰⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. 2013. Resolución 1014 de 2013, adopta el Plan Estratégico de la Defensoría del Pueblo para la vigencia 2013-2016. [en línea] <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/01/Res_1014_PEI_15_%20jul_13.pdf> [consulta: 11 septiembre 2014].

realización efectiva¹⁰⁹. A su vez, la Ley 1098 de 2006 que aprueba el Código para la Infancia y la Adolescencia, establece como autoridad competente para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes las Defensorías de la Familia, como dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Se señala¹¹⁰ como sus funciones las siguientes:

- “1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.
5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.

¹⁰⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y Adulto Mayor. [en línea] <<http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/2172/Defensor%C3%ADa-Delegada-para-la-Infancia-la-Juventud-y-Adulto-Mayor.htm>> [consulta: 11 septiembre 2014].

¹¹⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. 2006. Artículo 82 Ley 1098, reglamentado por el Decreto Nacional 4840 de 2007 [en línea] <http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1098_2006.pdf> [consulta: 11 septiembre 2014].

7. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.
8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.
9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.
10. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil.
11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.

12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
13. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.
14. Declarar la situación de adaptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente
15. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
19. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia.”

Incluso, el marco jurídico en Colombia va más allá, consagrando constitucionalmente la primacía en el orden interno de los derechos de los niños y niñas lo cual implica que sus derechos pueden ser protegidos mediante acción de tutela y que en todas las

actuaciones del Estado, de la sociedad y de la familia se debe tener en cuenta el interés superior de la niñez¹¹¹.

1.2.2.4. Costa Rica.

En principio, la figura del Defensor del Pueblo fue creado en 1987 por un decreto del Ministro de Justicia. Aunque la Oficina no fue establecida por la legislación, el decreto ministerial le otorgó poderes considerables para tener acceso a los documentos públicos y para requerir la colaboración de instituciones y agencias gubernamentales cuando llevara a cabo sus investigaciones.

Posteriormente, en el año 1992, se adoptó una nueva ley que creaba un único Defensor independiente, el cual remplazaba a los cuatro Defensores existentes.¹¹²

A diferencia de los casos anteriores, en este país se consagra legalmente la figura del Defensor¹¹³, estableciendo en su primer artículo que la Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes, velando que el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la constitución política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos

¹¹¹ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Op. Cit. 143p.

¹¹² CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Ob. Cit. 5p.

¹¹³ COSTA RICA. 1992. Ley 7.319 Crea Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. 17 de noviembre 1992.

suscritos por el gobierno y los principios generales del Derecho. Además deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes.

La Defensoría se constituye así en un órgano de control y vigilancia de la administración adscrito al Poder Legislativo.¹¹⁴

Esta nueva Oficina ha establecido la Dirección de Niñez y Adolescencia de la Defensoría de los Habitantes de la República, siendo esta la instancia técnica responsable de defender, promover y divulgar los derechos de la niñez y la adolescencia¹¹⁵, una unidad especial que es responsable de los derechos de la infancia y la juventud.

La Dirección de Niñez y Adolescencia fue establecida formalmente como un área específica en la Defensoría desde abril de 1998. El artículo 7 del Código de Niñez establece que la Defensoría de los Habitantes de la República velará por el cumplimiento efectivo de los derechos y porque las instituciones integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia garantizarán el respeto por el interés superior de estas personas en toda decisión pública o privada.¹¹⁶

¹¹⁴ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Op. Cit. 93p.

¹¹⁵ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Op. Cit. 159p.

¹¹⁶ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 27p.

1.2.2.5. Ecuador.

La Defensoría del Pueblo cuyo titular es el Defensor del Pueblo, es una institución que fue incluida en el aparataje institucional del Estado ecuatoriano mediante la disposición del artículo 96 de la Constitución Política que rigió desde agosto de 1998. Actualmente, se encuentra institucionalizada mediante la disposición del artículo 214 de la nueva Constitución de la República del Ecuador (en vigencia desde octubre de 2008), que señala: "la Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior". De igual manera, la Constitución, en su artículo 215, puntualiza que la Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país¹¹⁷. Esta característica es un elemento distintivo del Defensor ecuatoriano pues ejerce una función extra-territorial.

En cuanto a su naturaleza jurídica, resalta que se trate de una figura con independencia y autonomía económica y administrativa, es decir, que no forma parte de ninguna de las tres funciones del Estado (Legislativa, Ejecutiva y Judicial). Conforme al artículo 118 de la Constitución, es una institución del Estado integrada en el Sector

¹¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR. ¿Qué es la Defensoría del Pueblo de Ecuador?. [en línea] <http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=57> [consulta: 25 septiembre 2014].

Público y por consiguiente no puede tener más funciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley.¹¹⁸

En este país, si bien no existe un defensor especializado para la infancia y adolescencia, tiene dentro de su marco normativo el Código de la Niñez y Adolescencia, que en concordancia con el mandato de la Constitución Política de la República y en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado ecuatoriano como suscriptor de la Convención de los Derechos del Niño, organiza el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, del que es parte la Defensoría del Pueblo y cuyo principal objetivo es asegurar la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, dando una actoría y un poder especial a los gobiernos locales o municipios¹¹⁹.

1.2.2.6. Guatemala.

Consagra constitucionalmente en el año 1985 la figura del Procurador de los Derechos Humanos, señalando que es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza e investigar las violaciones realizadas contra éstos, para lo cual tendrá facultades de supervisar la Administración.

¹¹⁸ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Op. Cit. 120p.

¹¹⁹ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Op. Cit. 174p.

Posteriormente, en 1990 se constituyó una unidad específica especializada en la infancia y la familia, Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, la cual recibe el mandato de promover la sensibilización sobre los derechos del niño, de investigar violaciones, de supervisar a las instituciones públicas (control administrativo) que proporcionan servicios para la infancia y de influir en la legislación para asegurar su adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño¹²⁰. Es así como tiene la facultad de defender, proteger y divulgar los derechos de niñas, niños y adolescentes ante la sociedad, así como velar por el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

El año 2003 el Congreso de la República aprueba la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual reconoce el trabajo y funciones de la Defensoría de la Niñez y Juventud, creada por el Procurador de Derechos Humanos, estableciendo en su artículo 90 la creación de la Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, con facultades amplias y como independiente de la institucionalidad ya existente del Procurador de los Derechos Humanos.¹²¹

¹²⁰ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Ob. Cit. 4p.

¹²¹ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 29p.

1.2.2.7. Honduras.

En este país existe la institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH), que es una institución constitucional y nacional creada por el Decreto No. 2-95 del Congreso Nacional, mediante la reforma del artículo 59 de la Constitución de la República de 1982, para garantizar los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución, y también de los Tratados, Pactos, Convenciones y sus Protocolos Facultativos ratificados por el Estado hondureño¹²².

En este país no existe la figura del Defensor con la función específica de proteger los derechos de niños y adolescentes, por lo cual nació la preocupación de agilizar el procedimiento que se realiza ante el Comisionado, relativo a la interposición de la queja correspondiente a la restitución de sus derechos que han sido vulnerados, caracterizado por ser una tramitación legal, formal y burocrático. Todo este actuar mecánico de ceñirse a un procedimiento preestablecido dejaba fuera, sin embargo, cualquier alternativa de persuasión, logro y restauración del derecho violado, así como la función primordial de esta institución, que es la defensa del pueblo¹²³.

Es así como, el año 2002, se crea la política de relanzamiento institucional del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos desde la perspectiva de protección integral consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, reconociendo la

¹²² COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Mandato y Atribuciones. [en línea] <<http://www.conadeh.hn/index.php/k2-items/infor/mandato-y-atribuciones>> [consulta: 25 septiembre 2014].

¹²³ FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Op. Cit. 228p.

necesidad de implementar un procedimiento diferente, propio de la figura de un Defensor del Pueblo. Es por ello que nace la creación de cuatro áreas de trabajo con sus respectivos grupos fundadores para el manejo de las mismas: Área de Quejas, Área de Educación y Comunicación, Área de Participación Ciudadana y Redes y Área de Gestión Institucional¹²⁴.

Es preciso señalar que en este país existía desde el año 1997 el Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia, el cual vino a reemplazar las funciones desempeñadas por la Junta Nacional de Bienestar Social, órgano encargado de coordinar a los sectores públicos y privados para el estudio, promoción, ejecución y fiscalización de las políticas generales de prevención y protección integral a la niñez. El Decreto que crea al Instituto establece además, que en el ejercicio de su competencia deberá tomar en consideración el interés superior de la niñez y la familia en cuanto aspiración suprema y fundamental¹²⁵.

A pesar de la Existencia de este organismo, el Estado hondureño declaró en su informe periódico al Comité de Derechos del Niño, el año 2006, que no se ha logrado realizar reformas legales que permitan a este Instituto asumir el papel que le ha otorgado, teniendo efectos adversos, por lo cual se ha debatido su desaparición, al no lograr desempeñarse como rector de las políticas de la infancia.

Esta crisis institucional, observada a su vez por el Comité de los Derechos del niño, la cual hizo patente la necesidad de una estructura institucional adecuada para el

¹²⁴ Op. Cit. 229p.

¹²⁵ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 30p.

Instituto, dio paso a la creación de la Defensoría Nacional de la Niñez, ente que sustituiría al Instituto, en virtud del Proyecto de Ley presentado el 27 de agosto de 2012, el cual aún no ha sido aprobado.

1.2.2.8. Panamá.

Creada por la Ley N° 7 de 5 de febrero de 1997, se establece la institución de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, la cual velará por la protección de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, así como los derechos previstos en los convenios internacionales de Derechos Humanos y la Ley. Se señala, que en sentido amplio, las obligaciones de la Defensoría del Pueblo son: ejercer un control no jurisdiccional de la administración pública y defender los derechos humanos frente a las autoridades gubernamentales¹²⁶.

A diferencia de otros países en que la institución se creaba primeramente mediante una disposición en la Carta Magna, Panamá otorgaba rango constitucional a la regulación legal ya vigente mediante la reforma realizada en su Constitución en el año 2004.¹²⁷

En cuanto a la existencia de un organismo encargado de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, mediante Resolución 10 de 2003 La Defensoría

¹²⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO República de Panamá. ¿Qué es la Defensoría?. [en línea] <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=3817&Itemid=142> [consulta: 25 septiembre 2014].

¹²⁷ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Op. Cit. 304p.

estableció la Delegación Especial para Asuntos de la Niñez y Juventud. Sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado su preocupación por la información recibida respecto a la falta de personal especializado en los derechos del niño y la escasez de los recursos financieros asignados a esa Delegación.¹²⁸

Con posterioridad, durante un proceso de reestructuración de la Defensoría del Pueblo se crea la Dirección de Unidades Especializadas, mediante Resolución N° 44 del 21 de enero de 2008, que agrupa distintos ejes temáticos con el fin de proteger y promover los derechos de grupos y sectores más vulnerables que por sus características requieren de una atención particular y una legislación especial que los represente, entre los cuales se encuentran los niños, niñas y adolescentes. Es así como se crea la Unidad Especializada de Niñez y Adolescencia, entre cuyas funciones está la de tramitar denuncias de violaciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes; localizar y determinar las necesidades insatisfechas más urgentes e indispensables de la niñez y adolescencia para coordinar esfuerzos encaminados a satisfacer sus necesidades principales y desarrollar y promover el respeto de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia¹²⁹.

Se señala por esta institución que entre los derechos humanos vulnerados se puede destacar el derecho a un nombre y nacionalidad¹³⁰. Así, la Defensoría del Pueblo ha atendido varias solicitudes de gestiones en las que se solicita la intervención en cuanto a

¹²⁸ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 33p.

¹²⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO República de Panamá. Niñez y Adolescencia. [en línea] <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=3743&Itemid=244> [consulta: 25 septiembre 2014].

¹³⁰ El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho de todo niño o niña a un estado civil (nombre y nacionalidad), y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

el derecho que tiene niños y niñas de ser reconocidos por sus padres, entre los cuales podemos destacar la gestión realizada a fin de que un padre privado de libertad pudiese reconocer voluntariamente a su hijo, logrando la coordinación entre el Sistema Penitenciario y el Registro Civil.

1.2.2.9. Perú.

La Constitución peruana de 1979 contempló la inclusión del Defensor del Pueblo dentro de las propias funciones del Ministerio Público, con el fin de actuar como Defensor ante la administración pública, lo generó una confusión en sus quehaceres. A pesar de ello, tuvo un papel importante, dentro de sus posibilidades, durante el período de la violencia política que asoló al país en lo tocante a los derechos humanos.¹³¹

Años después, se establece constitucionalmente en 1993 la Defensoría del Pueblo con la función de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos de la ciudadanía. Además tiene iniciativa en la formación de las leyes y puede proponer medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones. Asimismo, se consagra su autonomía y la obligación de los órganos públicos de colaborar con la Defensoría cuando ésta lo requiera.

En este país el principal instrumento normativo nacional sobre protección de los Derechos del Niño es el Código de los Niños y Adolescentes, adoptado en 1992 y

¹³¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Op. Cit. 337p.

derogado con el nuevo Código adoptado por la Ley 27.337 del año 2000, expedido en el marco del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño¹³², asegurando la compatibilidad de la ley nacional con los principios de la Convención. En él se establece la institución de la Defensoría del Niño y Adolescente como un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales y en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación les reconoce. Finalmente señala que este servicio es de carácter gratuito¹³³.

En su artículo 45 se establecen las funciones específicas que realiza este servicio, señalando las siguientes:

- “a) Conocer la situación de los niños y adolescentes que se encuentran en instituciones públicas o privadas;
- b) Intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos para hacer prevalecer el principio del interés superior;
- c) Promover el fortalecimiento de los lazos familiares. Para ello puede efectuar conciliaciones extrajudiciales entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que no existan procesos judiciales sobre estas materias;
- d) Conocer de la colocación familiar;

¹³² DEFENSORÍA DEL PUEBLO Órgano constitucional autónomo del Estado peruano. Grupo especial de protección: Niños, niñas y adolescentes. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=19>> [consulta: 7 julio 2014].

¹³³ SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Ley 27.337 Código de los Niños y Adolescentes. [en línea] <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=defaultcodninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> [consulta: 7 julio 2014].

- e) Fomentar el reconocimiento voluntario de la filiación;
- f) Coordinar programas de atención en beneficio de los niños y adolescentes que trabajan;
- g) Brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas, siempre que no exista procesos judiciales previos; y
- h) Denunciar ante las autoridades competentes las faltas y delitos cometidos en agravio de los niños y adolescentes.”

Se señala por parte de esta Defensoría que su trabajo se orienta particularmente a los siguientes temas: violencia sexual; castigo físico y humillante; niños, niñas y adolescentes en situación de abandono; reclutamiento indebido de menores de edad en el servicio militar; derechos reproductivos de adolescentes; trata y participación infantil¹³⁴.

Por otra parte, el Código establece que las Defensorías estarán conformadas por profesionales de diversas disciplinas y contarán con el apoyo de profesionales y egresados de las universidades y colegios profesionales.

El Código del Perú hace una definición amplia y flexible que ha generado diversas formas y modelos de defensorías. Sin embargo el más extendido es el de Defensorías Municipales del Niño y Adolescente (DEMUNA). Las DEMUNA dependen administrativamente de los municipios y progresivamente se han ido instalando dentro

¹³⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO Órgano constitucional autónomo del Estado peruano. Grupo especial de protección: Niños, niñas y adolescentes. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=19>> [consulta: 7 julio 2014].

de la institucionalidad del gobierno local aún cuando es posible encontrar valiosas experiencias de Defensorías Sociales de carácter comunitario¹³⁵.

Ya a finales de 1995 se habían establecido 130 oficinas con estas características¹³⁶.

1.2.2.10. Venezuela.

La Defensoría del Pueblo fue creada a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999¹³⁷, nacida a raíz de la Asamblea Nacional Constituyente, formando parte de uno de los cinco poderes públicos, el Poder Ciudadano, así lo señala el artículo 273 de la Constitución. Este organismo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas.

Son tres los rasgos que configuran constitucionalmente esta institución: dependencia de la Asamblea Nacional, protección de los derechos fundamentales y control de la Administración.¹³⁸

En cuanto a la naturaleza de la actuación de la institución, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, de 5 de agosto de 2004, subraya que no se trata de una instancia

¹³⁵ CONTRERAS LARGO, Consuelo. 2003. El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Oficinas de Protección de Derechos: un servicio del nivel local. Revista Derechos del Niño (2). 183p.

¹³⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Ob. Cit. 5p.

¹³⁷ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

¹³⁸ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Op. Cit. 367p.

judicial, su naturaleza no es coercitiva y carece de competencia ejecutiva para dictar, modificar o anular autos, sentencias o actos emanados de cualquier rama del Poder Público.¹³⁹

Esta institución se propone construir confianza a partir de la vigencia del Estado Social de Derecho y de Justicia y contribuir a la estabilidad institucional del país, promoviendo prácticas de buen gobierno que brinden eficiencia, respeto a los derechos fundamentales y el cumplimiento correcto de los principios que inspiran la ética y la convivencia social¹⁴⁰.

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, y la adopción de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) en 2000 y posterior reforma en el año 2007, se crea un nuevo Sistema de Protección para los Niños y Adolescentes, el cual está integrado, en su arista administrativa, por los siguientes organismos con competencia especial en materia de infancia y adolescencia¹⁴¹: Ministerio del poder popular con competencia en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes; Consejos de Derechos y Consejos de Protección de niños, niñas y adolescentes; y Defensorías de niños, niñas y adolescentes.

El Ministerio del Poder Popular en el órgano rector en cuanto a la definición de políticas del Sistema Rector Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes.

¹³⁹ Op. Cit. 368p.

¹⁴⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO en la República Bolivariana de Venezuela. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/institucional/defensoria-del-pueblo/rep-bolivariana-de-venezuela>> [consulta: 7 julio 2014].

¹⁴¹ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 39p.

Los Consejos de Derechos tienen dos vías para garantizar los derechos de los niños y adolescentes: la formulación de políticas de protección y atención, y la actuación cuando se viola o amenaza sus derechos difusos y colectivos. En esta última vía tendría a su disposición dos instrumentos: la posibilidad de recomendar y efectuar sugerencias a otros órganos del sector público encargados de prestar distintos servicios a niños y adolescentes, y la posibilidad de intentar la acción de protección. La Ley hace especial referencia a las Defensorías del Niño y del Adolescente, concebida como un servicio que debe prestarse en el ámbito municipal¹⁴².

El Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA) es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Protección del Niño y del Adolescente. Entre sus atribuciones más importantes se encuentran: formulación de las políticas y planes nacionales, así como los lineamientos generales del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente; formulación de los lineamientos generales que deben ser seguidos por los Consejos Estatales y Municipales de Derechos; establecimiento de las directrices que deben seguir los programas de protección, entidades de atención, Defensorías del Niño y del Adolescente, y otros servicios; conocer, evaluar y opinar sobre los planes nacionales e intersectoriales que elaboren los órganos competentes; promoción y apoyo de la creación de los Consejos Estatales y Municipales de Derechos y los Consejos de Protección; y ejercer las atribuciones establecidas en el artículo 339 de la LOPNA con relación al Fondo Nacional de Protección del Niño y del Adolescente¹⁴³.

¹⁴² FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Op. Cit. 334p.

¹⁴³ Op. Cit. 334-335p.

En cuanto a las Defensorías del Niño y Adolescente, estas son definidas como servicio de interés público, organizado y desarrollado por el municipio o por la sociedad, con el objetivo de promover y defender los derechos de niños y adolescentes.¹⁴⁴ La ley prevé que ellos por si mismos puedan solicitar los servicios de la Defensoría.

A su vez, dentro de este marco de protección integral de la infancia es que se encuentra la Defensoría Delegada Especial de niños, niñas y adolescentes, creada bajo la Resolución N° DP-2001-157 del 29 de noviembre de 2001, sus áreas de interés son: a) Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. (Inspecciones a Entidades de Atención y Defensorías de Niños Niñas y Adolescentes; Supervisiones a Consejos de protección); b) Niños, niñas y adolescentes en situación de hospitalización y c) Derecho al Buen Trato hacia los Niños, niñas y Adolescentes¹⁴⁵.

1.3. CONCLUSIONES.

En este primer capítulo se entregó una visión general respecto del origen del Ombudsman, su adopción en diversos países, cada uno obedeciendo a su propia historia, en cuanto a momento de creación, fuente y funciones.

Como se expuso, la institución del Ombudsman, Defensor del Pueblo o Comisión, existe en la mayoría de los países de Europa y América Latina, significando un

¹⁴⁴ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 40p.

¹⁴⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Defensoría Delegada Especial: Niñas, Niños y Adolescentes. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/proteccion-de-ninas-ninos-y-adolescentes>> [Consulta: 7 julio 2014].

compromiso de los Estados en la eficaz protección de sus habitantes ante la Administración, incluso algunos yendo más allá, cautelan y promueven sus derechos humanos.

De esta manera, a nivel internacional se agrupan en tres grupos los organismos que tienen por objeto la promoción y protección de los Derechos Humanos: a) Comisiones de Derechos Humanos; b) Ombudsman; e c) Instituciones nacionales especializadas para la promoción y protección de los derechos humanos¹⁴⁶.

Entre las principales funciones de las Comisiones, está la de recibir e investigar reclamos de individuos cuyos derechos humanos han sido vulnerados a través de violaciones a la legislación nacional. Tienen potestades para obtener la evidencia necesaria respecto de materias que se encuentren investigando y, generalmente, resuelven éstas a través de mecanismos de conciliación o arbitraje.

Además, las Comisiones de Derechos Humanos también tienen como función evaluar las políticas gubernamentales en materia de derechos humanos en relación con lo establecido en la legislación nacional y en la normativa internacional, realizando recomendaciones específicas para superar las deficiencias detectadas¹⁴⁷.

En cuanto a las características del Ombudsman, ya señaladas latamente en este capítulo, se puede señalar a modo de síntesis, que su esencia descansa en su estatus de independencia respecto del control gubernamental, al momento de ejercer su potestad de

¹⁴⁶ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El defensor del niño: ¿una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas?. Op. Cit. 91p.

¹⁴⁷ Ibid.

investigar reclamos interpuestos por los ciudadanos publicitando sus hallazgos y recomendaciones.

Finalmente, las Instituciones nacionales especializadas para la promoción y protección de los derechos humanos (INDH) son instituciones similares a las Comisiones de Derechos Humanos y al Ombudsman, pero con un mandato y potestad establecidos y limitados a considerar y resolver materias concernientes a grupos específicos de la población o a ciertas temáticas que afectan a la ciudadanía en el ámbito de los derechos humanos. Su justificación radica en la necesidad de contar con instituciones especializadas en proteger los intereses de personas que pertenecen a minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, cuando son niños o niñas, tienen algún tipo de discapacidad, son inmigrantes o refugiados o se encuentran viviendo en condiciones de pobreza¹⁴⁸

Existe un elemento que comparten tanto los Defensores del Pueblo como las INDH, ambos tienen competencia para recibir quejas individuales extrajudiciales dirigidas contra algún órgano de la Administración pública, configurándose como instituciones de control de las acciones que ejerce el Estado, fiscalización que es propia de cualquier régimen democrático¹⁴⁹. También es facultad de ambos, actuando como mediador, realizar recomendaciones para arribar a una solución ante una queja, contribuyendo a descongestionar al poder judicial, resolviendo de manera alternativa los conflictos, evitando que sean resueltos por medio de procesos judiciales, que puedan resultar en el

¹⁴⁸ Op. Cit. 93p.

¹⁴⁹ MOURE PINO, Ana María. Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile: estudio de derecho comparado. Op. Cit. 183p.

establecimiento de medidas sancionatorias, garantizando así la coordinación entre los sistemas formales e informales de justicia. El seguimiento y la evaluación de sus recomendaciones no coactivas, será fundamental para medir el impacto que tiene la resolución alternativa de conflictos¹⁵⁰.

Dicho esto, es importante señalar que el rol de las INDH, sus funciones, composición y estatus está dado por un conjunto de orientaciones denominado Principios de París, los cuales establecen estándares mínimos que se aplican tanto para las defensorías generales como las especializadas en la protección de los derechos de grupos específicos de personas¹⁵¹.

La adopción de estos Principios nace producto de un lato debate sobre el establecimiento de comités locales de derechos humanos al interior de los Estados Parte de Naciones Unidas, iniciado por su Consejo Económico y Social en 1946. En 1960, este Consejo reiteró el reconocimiento de la importante labor que estas instituciones nacionales podían desempeñar en la promoción y protección de los derechos humanos e instó a los Estados Partes a crear este tipo de organismos¹⁵².

Este proceso culmina en 1992, cuando es acogido el texto de los Principios de París por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En este contexto, Chile aparece como un país que se ha mantenido al margen del desarrollo de instituciones que desempeñan funciones propias de un Defensor,

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. Estudio de Aproximación sobre el Estado de la Situación de las Oficinas de la Niñez y Adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales Independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Op. Cit. 18p.

¹⁵² TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El defensor del niño: ¿una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas?. Op. Cit. 89p.

Comisionado o INDH, existiendo, como vimos, sólo iniciativas legislativas que no han llegado a concretarse o estableciendo organismos que no cumplen con requisitos que permitan hablar de una institución similar al Ombudsman, en especial como un órgano que pueda ejercer sus funciones de manera independiente a los poderes del Estado y que se ajuste a lo indicado en los Principios de París.

Sin embargo, como veremos más adelante, con la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se devela una intención de establecer un organismo que cumpla alguna de las funciones y se ajuste a lo sugerido por los Principios de París.

De todas formas, es importante señalar que para institucionalizar la figura de un Defensor en Chile, es necesario contar tal como lo hizo España, con una infraestructura político-constitucional adecuada y establecer una delimitación de competencias que no suponga privarle de ellas con posterioridad.

Como en el modelo español, debería crearse una institución de estructura individual y no un órgano colegiado, ya que la fuerza moral de sus recomendaciones depende del prestigio del individuo que se personifica en el cargo¹⁵³.

Junto con realizar una aproximación a la institución del Ombudsman, que en algunos países ha sido adoptado bajo otras denominaciones, nos referimos a la organismo objeto de este trabajo, la creación de Defensores de la infancia y adolescencia, también con diferentes designaciones y funciones, las cuales obedecen a decisiones de cada Estado, adopción de la Convención sobre los Derechos del Niños, y también a la interiorización de las Observaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño.

¹⁵³ MOURE, Ana María. El Defensor del Pueblo y su establecimiento en Chile. Op. Cit.. 12p. [en línea] <<http://www.ombudsman.cl/pdf/doc-moure.pdf>> [consulta: 26 junio 2014..

La relevancia de estas instituciones independientes de protección de la infancia, se fundamenta en la reciente y aún poco consolidada concepción de la infancia como sujeto de derecho y la consecuente debilidad de las instituciones judiciales y de gobierno para proteger efectivamente los derechos de los niños, de acuerdo a las nuevas concepciones jurídicas y sociales.

En este sentido, se estima que para el caso de los niños existen razones muy poderosas que aconsejan la generalización de estos mecanismos de protección, entre ellas se destacan: i) el efecto significativo de los primeros años de vida para el desarrollo de la persona; ii) que los niños son más vulnerables que otros grupos a la actividad o inactividad del gobierno y a la fragmentación o incapacidad de los servicios públicos; iii) los niños no tienen acceso al voto y a hacer sentir su voz en los asuntos públicos por lo que requieren de mecanismos específicos para canalizar o representar sus intereses; iv) en muchos países no se encuentran bien desarrollados el acceso a mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos de los niños; y v) los niños, por su etapa de desarrollo, son más vulnerables a la explotación y al abuso¹⁵⁴.

Dicho lo anterior, resulta importante también destacar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues como se vio en la experiencia comparada de los países europeos y latinoamericanos, este fue un factor impulsor a la creación de la institución del defensor de la infancia y adolescencia, pues no basta con suscribir un instrumento de protección

¹⁵⁴ CILLERO, Miguel. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Op. Cit. 178p.

de derechos humanos como el indicado, sino que se deben adoptar todas las medidas y asumir el compromiso de hacer efectivos los derechos que en él se contienen.

Es por ello, que en el siguiente capítulo revisaremos los principales instrumentos internacionales ratificados por Chile que consagran específicamente derechos del niño, comenzando por el principal instrumento de protección de éstos, la Convención sobre los Derechos del Niño; para luego revisar cuál es el marco normativo e institucional que se ha establecido en nuestro país obedeciendo al compromiso asumido por el Estado en materia de protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO II. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN CHILE.

2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA EL ESTADO DE CHILE.

A continuación, se mencionarán algunos instrumentos internacionales que tienen por principal objeto la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y otros que incorporan en su contenido la cautela específica de estos derechos.

Es importante señalar que a través de la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de un tratado internacional, el Estado compromete su soberanía, al obligarse a aplicar y dar eficacia jurídica interna a la norma internacional incorporada, con lo que el Estado no podría quitarle aplicabilidad y eficacia al tratado, salvo que recurra a su denuncia o a la pérdida de vigencia de él, todo ello conforme a las reglas del derecho internacional.¹⁵⁵

Es más, toda vez que el contenido de los tratados se refiere a derechos esenciales o derechos humanos, éstos adquieren rango constitucional de norma suprema, ya que

¹⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1996. Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Revista Chilena de Derecho 23 (2 y 3). 344p.

constituye un límite a la soberanía del Estado, tal como lo establece el artículo 5 inciso 2º de la Constitución.¹⁵⁶

Sin embargo, se podría pensar que la falta de normas internacionales, como tratados y otras normas de derecho positivo incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, excusa al Estado de respetar y proteger los derechos contenidos en tales normas, pero es preciso señalar que se puede invocar que éstas son válidas basadas en los principios generales del derecho, que son también fuente de derecho internacional. Tal como lo indica Carrillo Salcedo: "Esto no impide que existan obligaciones que vinculan jurídicamente a los Estados, incluso al margen de su voluntad o en determinadas circunstancias en contra de su voluntad, existiendo principios y reglas de una jerarquía superior, normas que no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los Estados, reglas imperativas o de ius cogens. Se ha transformado la responsabilidad internacional de los Estados, por ejemplo: 1.- por la responsabilidad penal internacional del individuo, y por otra, 2.- por la noción de ilícitos internacionales contra la comunidad internacional, cuando a un Estado es atribuible la violación grave de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales".¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. 2005. Permanencia y cambios en derecho internacional. Madrid. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. 60-61p.

2.1.1. Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un convenio de las Naciones Unidas que describe la gama de los derechos que tienen todos los niños y establece normas básicas para su bienestar en diferentes etapas de su desarrollo, constituyéndose en el primer Código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio de la historia, contiene 54 artículos, reuniendo en un solo tratado todos los asuntos pertinentes a los derechos del niño, los cuales pueden dividirse en cuatro amplias categorías: derechos a la Supervivencia, al Desarrollo, a la Protección y a la Participación¹⁵⁸.

Es importante señalar los principios rectores de la Convención, pues estos son las directrices que deben guiar a los Estados Partes toda vez que deben dar aplicación y eficacia a este instrumento jurídico, siendo los siguientes: a) Interés superior del Niño; b) No discriminación; c) Autonomía Progresiva; y d) Desarrollo y Supervivencia.

Esta Convención tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en 1959, que contenía 10 principios, los cuales establecían derechos esenciales y medidas de protección al niño.

Esta Declaración es considerada como el primer instrumento que contiene disposiciones que caracterizan los derechos del niño, yendo más allá que la Declaración,

¹⁵⁸ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Chile en 1990. 30p. [en línea] <http://unicef.cl/web/convencion/> [consulta: 24 marzo 2014].

que busca la protección del individuo en su integridad, esta vez concentrándose en una etapa específica de este individuo, su infancia.

Lamentablemente, pese al aporte que significó la Declaración de los Derechos del Niño, ésta no constituía una obligación para aquellos países que la firmaran.

En 1978, el gobierno de Polonia somete a la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas una versión provisional de una convención sobre los derechos de los niños. Al año siguiente, durante la conmemoración del Año Internacional del Niño, la Comisión crea un equipo de trabajo para coordinar una serie de ideas sobre dicho documento, siendo presentadas a los gobiernos de todo el mundo.

También debe mencionarse como antecedente anterior a la Declaración Universal, la Declaración de Ginebra en el año 1924, respecto de la cual se ha señalado que en lugar de establecer un catálogo de derechos, dispone ciertas pautas de actuación para la sociedad respecto del niño, las cuales, de todas formas, sirvieron de base para posteriores Declaraciones.

Esta declaración contenía cinco principios, que indicaban las condiciones esenciales que aseguraban el pleno desarrollo, físico y espiritual del niño: alimentación, asistencia en caso de enfermedad, en situación de desvalía, o en circunstancias de mal comportamiento y protección contra la explotación, a saber¹⁵⁹:

¹⁵⁹ DOSSIER: Los derechos del niño. Boletín de Documentación Nº 16. CEPC. 1p. [en línea] <<http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>> [consulta: 4 abril 2014].

1. El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser devuelto a ella: el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y de ser protegido contra toda clase de explotación.
5. El niño debe ser educado, inculcándosele el sentimiento del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos.

De esta Declaración pueden extraerse como beneficios dos ideas¹⁶⁰: a) La catalogación del niño como una especial minoría dentro de la sociedad, y b) La correlativa necesidad de un instrumento internacional protectorio específico de los derechos del niño.

Luego de 10 años de trabajo se concluye la Convención, siendo adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, este trabajo si bien mantuvo el espíritu de la Declaración de los Derechos del

¹⁶⁰ FELDMAN, Gustavo. 1998. Los Derechos del Niño. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ciudad Argentina. 29-30p.

Niño, reflejaba problemas e intereses contemporáneos surgidos en los últimos 30 años, tales como la protección ambiental, el consumo de drogas, y la explotación sexual.

La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 1990, después de ser ratificada por 20 países¹⁶¹, entre ellos el Gobierno de Chile, que con fecha 26 de enero de 1990 suscribe la Convención, previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 379 del Honorable Senado, de fecha 10 de julio de 1990; depositándose el Instrumento de Ratificación se ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto de 1990.

Finalmente se establece por Decreto¹⁶² que se cumpla y lleve a efecto como Ley, entrando en vigencia el 27 de Septiembre de 1990, aceptando someterse legalmente a sus estipulaciones e informar regularmente al Comité de los Derechos del Niño sobre sus avances.

En virtud del compromiso adoptado por las Naciones Unidas en cuanto a la protección y promoción de los derechos del niño y para contribuir a eliminar los abusos y la explotación cada vez mayores de los niños y niñas en todo el mundo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el año 2000 dos Protocolos facultativos¹⁶³ de

¹⁶¹ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Chile en 1990. Op. cit. 31p. [en línea] <<http://unicef.cl/web/convencion/>> [consulta: 24 marzo 2014].

¹⁶² CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Decreto Supremo 830 Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. 14 agosto 1990.

¹⁶³ Después de la aprobación de un tratado de derechos humanos se suelen añadir “protocolos facultativos”, mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado. Un protocolo puede versar sobre un tema relacionado con el tratado original y se utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecían en el tratado original, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha del tratado, como por ejemplo incluir un

la Convención que refuerzan la protección de la infancia contra su participación en los conflictos armados y la explotación sexual¹⁶⁴.

Es así que con fecha 16 de mayo de 2000 la Asamblea General adoptó mediante la Resolución A/54/RES/263, el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Este protocolo establece los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio y exige a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades.

Este Protocolo fue suscrito por la República de Chile el 15 de noviembre de 2001, según se señala por Decreto¹⁶⁵, siendo aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 4.155, de 12 de marzo de 2003, de la Honorable Cámara de Diputados.

El Instrumento de Ratificación del Protocolo fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 31 de julio de 2003.

procedimiento para la presentación individual de quejas. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño ofrecen más detalles y amplían las obligaciones del tratado original.

Un protocolo es “facultativo” porque no vincula automáticamente a los Estados que ya han ratificado el tratado original. Estas obligaciones en el protocolo son adicionales y pueden ser más exigentes que las que aparecían en la Convención original, por lo que los estados deben escoger de manera independiente si quieren vincularse o no al protocolo. Por tanto, un protocolo facultativo dispone de sus propios mecanismos de ratificación independientes del tratado que complementa. Por lo general, solamente los Estados que ya han aceptado vincularse al tratado original pueden ratificar sus protocolos facultativos. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño permiten sin embargo a los Estados que no son parte ratificarlos o adherirse a ellos. Por ejemplo, los Estados Unidos, que no han ratificado la Convención, han ratificado ambos protocolos facultativos. Los Estados deben ratificar cada uno de los protocolos siguiendo el mismo procedimiento que utilizaron cuando ratificaron la Convención.

Cit. UNICEF. Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html> [consulta: 6 octubre 2014].

¹⁶⁴ UNICEF. Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html> [consulta: 6 octubre 2014]

¹⁶⁵ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto Supremo 248 Promulga el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. 9 septiembre 2003.

En igual fecha la República de Chile depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2. del artículo 3 del mencionado Protocolo, la siguiente Declaración: "El Gobierno de Chile expresa que, de conformidad con lo establecido en su ordenamiento jurídico interno, la edad mínima que permite el reclutamiento voluntario de personas en sus Fuerzas Armadas nacionales es de 17 o 18 años, y excepcionalmente podrán participar en estos cursos personas que tengan 16 años, que posean determinados requisitos y en períodos de menor duración y con la previa aprobación del Director General de la Dirección General de Movilización Nacional dependiente del Ministerio de Defensa Nacional y con la debida autorización de los padres o guardadores".

Posteriormente, con fecha 25 de mayo del mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante la Resolución A/Res/54/263 el Protocolo Facultativo de los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. En él se llama especialmente la atención hacia la criminalización de estas graves violaciones de los derechos de la infancia y hace hincapié en la importancia que tiene fomentar una mayor concienciación pública y cooperación internacional en las actividades para combatirlas.

Este Protocolo, según se señala por Decreto¹⁶⁶ fue suscrito por el Gobierno de Chile el 28 de junio de 2000, siendo aprobado, con la corrección notificada por el depositario

¹⁶⁶ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores.2003. Decreto Supremo 225 Promulga el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. 8 agosto 2003.

el 16 de agosto del mismo año, por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 3.990, de 6 de noviembre de 2002, de la Honorable Cámara de Diputados.

El Instrumento de Ratificación del Protocolo con su corrección a la letra b) de su Artículo 7 se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 6 de febrero de 2003.

En virtud de este Protocolo los Estados Parte convienen el prohibir la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en él, lo cual implica para los Estados adoptar medidas eficaces que permitan que estos actos se integren en su respectiva legislación penal, hacer efectiva su jurisdicción en cuanto al castigo de estas acciones y velar en todo momento por la integridad de los niños que hayan sido víctimas de estos delitos.

A estos dos protocolos se ha sumado un tercero, relativo a un procedimiento de comunicaciones, que crea un sistema de denuncias individuales al Comité de los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2011, en su 89a sesión plenaria, por Resolución A/RES/66/138.

En virtud de este los niños, niñas y adolescentes podrán presentar sus propias denuncias ante el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el cual adquiere la competencia para conocer estas denuncias individuales toda vez que se hayan violado los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los protocolos sobre prostitución y pornografía infantil y sobre la utilización de niños en conflictos armados. Se establece así, un procedimiento de comunicaciones que

protege el derecho del niño a buscar la reparación ante la vulneración de sus derechos, producto del incumplimiento por parte del Estado respecto de los derechos reconocidos en los instrumentos antes señalados. Este mecanismo posee una restricción, sólo se podrá recurrir al Comité una vez que se hayan agotado todas las instancias nacionales existentes.

En cuanto a la tramitación de la denuncia, una vez recibida esta por el Comité, se solicita al Estado emitir una declaración que verse sobre la situación denunciada, en un plazo máximo de seis meses desde que se le informó de la denuncia. Luego, el Comité actúa como mediador entre las partes para buscar un acuerdo entre ambas, el cual si no se logra, procede la emisión de un informe por parte de este organismo determinando si existió o no una violación a la Convención y sus Protocolos. Si se establece que el Estado no ha cumplido con los instrumentos internacionales señalados, emitirá un informe que exprese tal situación, disponiendo recomendaciones al Estado con el fin de que éste cumpla los compromisos adoptados.

Es importante señalar que si durante la tramitación de la denuncia el Comité observa que existe la posibilidad de que la o las presuntas víctimas sufran daños irreparable, éste puede solicitar al Estado la adopción de Medidas Provisionales para poner fin a la situación de amenaza al goce y ejercicio de los derechos.

Chile, a diferencia de los otros dos protocolos, aún no ha ratificado éste último, si bien fue firmado el 28 de febrero de 2012 por él, en esa fecha, Ministro de Justicia,

Teodoro Ribera Neumann, durante la 19° Sesión de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas realizada en Ginebra.

Junto con los protocolos, existen otros instrumentos denominados reglas y directrices de las Naciones Unidas sobre justicia de menores, las cuales proporcionan normas específicas para la aplicación de los artículos 37 y 40 de la Convención, relativos a tortura y privación de libertad y administración de la justicia de menores., estas disposiciones establecen los lineamientos para la construcción de un sistema de justicia de menores, nuevo, basado en principios del debido proceso, reconociendo que los procedimientos y normas jurídicas deben adaptarse a las características especiales que se reconocen en el sujeto de derecho que son los niños, niñas y adolescentes, sujetos en desarrollo y con necesidades particulares.

La primera de ellas fue adoptada en 1985¹⁶⁷, se trata de las “Reglas de Beijing” (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores).

Luego en 1990 fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad¹⁶⁸ y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

¹⁶⁸ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/113, de fecha 14 de diciembre de 1990.

¹⁶⁹ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

En general, estas reglas y directrices regulan ciertas garantías específicas, como la protección contra la tortura y malos tratos, protección contra la privación de libertad ilegal o arbitraria, restricción a la detención y prisión preventiva, separación entre niños y adultos en caso de privación de libertad, derecho a la asistencia jurídica, consideración de principio del interés superior del niño, derecho a participar en los procesos, y también el derecho a que se respete la vida privada de los menores dentro del proceso.

2.1.2. Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Adoptada con fecha 29 de mayo de 1993 en la Décimo Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, fue aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 2395, de 22 de junio de 1999, de la Honorable Cámara de Diputados.

El Instrumento de Ratificación se depositó con fecha 13 de julio de 1999 en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Se establece por Decreto¹⁷⁰ que la Convención entrará en vigor internacional para Chile el 1° de noviembre de 1999, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2, letra a, del artículo 46 de dicha Convención.

¹⁷⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1999. Decreto Supremo 1215 Promulga la Convención sobre protección del Niño y cooperación en materia de adopción internacional. 2 agosto 1999.

En esta Convención se dispone que los Estados signatarios, en consideración al pleno y armónico desarrollo de la personalidad de los niños, reconocen que éstos deben crecer en un ambiente de familia y en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión; debiendo velar por la existencia de medidas apropiadas que permitan que el niño permanezca al cuidado de su familia de origen

Asimismo, se reconoce que la adopción internacional puede representar, para un niño a quien no se le ha podido encontrar una familia adecuada en su Estado de origen, la ventaja de tener una familia estable; adoptando medidas que permitan garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo en beneficio del niño y respetando sus derechos fundamentales, estableciendo para este objetivo disposiciones comunes que consideren los principios señalados en instrumentos internacionales, principalmente aquellos contemplados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Sociales y Jurídicos relacionados con la Protección y Bienestar de Menores con Referencia Especial a la Colocación Adoptiva y la Adopción Nacional e Internacional (Resolución N° 41/85 de la Asamblea General de fecha 3 de diciembre de 1986).

En este sentido, se pueden enunciar, a modo de ejemplo, las siguientes disposiciones que obedecen a diferentes principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño:

1. Artículo 4. (Interés superior del Niño).

“Una adopción se llevará a cabo en el ámbito de aplicación de la Convención, sólo si las autoridades competentes del Estado de origen:

(...) b. han decidido, tras considerar debidamente las posibilidades de colocar al niño en el Estado de origen, que una adopción internacional presenta mayores beneficios para el niño.”

2. Artículo 21. (Opinión del Niño).

“(…) 2. Tomando en consideración la edad y grado de madurez del niño, éste deberá ser consultado y, cuando correspondiere, se obtendrá su consentimiento respecto a las medidas que deban adoptarse en virtud de este artículo.”

3. Artículo 23. (Adopción).

“El reconocimiento de una adopción podrá ser rechazado en un Estado Contratante sólo si la adopción es contraria, en forma manifiesta, a su política pública tomando en consideración lo que más beneficiaría al niño.”

2.1.3. Convención de Nueva York de 1956 sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero.

Esta Convención fue suscrita el 20 de junio de 1956 en Nueva York por los países miembros, adhiriendo Chile en la misma fecha, siendo ratificada por el Presidente de la República Jorge Alessandri Rodríguez, previa aprobación del Congreso Nacional. El documento de adhesión fue depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, con fecha 9 de enero de 1961.

Finalmente, se publica en el Diario Oficial el 23 de enero del mismo año copia autorizada del texto de la Convención, llevándose a efecto como ley de la República.

Su objetivo es poder solicitar la obtención de pensiones alimenticias en los distintos países que han suscrito la Convención¹⁷¹, para lo cual se establece un procedimiento de cooperación jurídica internacional, más expedito que evita la tramitación por medio de exhortos internacionales.

De esta manera, la finalidad de esta Convención es facilitar a una persona, llamada en lo sucesivo demandante (alimentario) que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado (alimentante) que está sujeta a la jurisdicción de otra Parte Contratante. Esta finalidad se perseguirá mediante los servicios de organismos llamados en lo sucesivo Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias.¹⁷²

En nuestro país la institución designada para cumplir las funciones correspondientes a la Autoridad Remitente¹⁷³ y de la Institución Intermediaria¹⁷⁴ es la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial.

¹⁷¹ Entre los cuales se pueden mencionar: Alemania, Bélgica, España, Francia, Portugal, Nueva Zelanda, Reino Unido, Argentina, Brasil, Ecuador, México y Uruguay.

¹⁷² Artículo 1 Convención de Nueva York de 1956 sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero.

¹⁷³ La Autoridad Remitente es aquella que debe encargarse de solicitar a otro país la obtención de una pensión de alimentos o el cumplimiento de una ya decretada. Para ello se debe remitir un expediente con todos los documentos y datos necesarios para que la Institución Intermediaria de ese país tramite la demanda alimenticia. Interviene cuando el alimentante reside en el extranjero.

¹⁷⁴ La Institución Intermediaria es aquella que recibe una solicitud de pensión alimenticia desde otro país, y debe encargarse de tramitarla en su propio país. Interviene cuando el alimentante reside en Chile.

La tramitación de la obtención de alimentos en el extranjero, junto con ser regulada por la correspondiente Convención, en nuestro país también es regulada por las leyes sobre tribunales de familia y sobre abandono de familia y pensiones de alimentos.

2.1.4. Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles del secuestro Internacional de Niños.

Con fecha 25 de Octubre de 1980 se adoptó en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, siendo ratificada por Chile el año 1994 con la siguiente declaración: “Chile entiende el artículo 3 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños en el sentido que no se opone a la legislación nacional que estipula que el derecho de tuición y custodia se ejerce hasta los 18 años de edad”.¹⁷⁵ Este artículo 3 señala los casos en que se entenderá ilícito el traslado o retención de un niño.

El objetivo de la Convención, señalado en el artículo 1º, es asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado Parte y hacer respetar efectivamente en los demás Estados Contratantes los derechos de tuición y de visita existentes en un Estado Contratante. Es decir, regula el ejercicio efectivo de

¹⁷⁵ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1994. Decreto 386 Promulga la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños. 30 marzo 1994.

la relación directa y regular entre padres e hijos y la protección de éstos de la sustracción y retención que trasciende las fronteras de los distintos países miembros¹⁷⁶.

Es así como este instrumento pretende proteger al niño en el plano internacional contra los efectos perjudiciales de un traslado o de una retención ilícitos, y de establecer procedimientos para garantizar el regreso inmediato del niño al país de su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho a mantener una relación directa y regular con ambos padres. Esta urgencia está consagrada en el artículo 2 de esta Convención toda vez que establece la obligación para los Estados Contratantes de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar la realización de los objetivos de la Convención dentro de los límites de su territorio. Para lo cual, deberán recurrir a los procedimientos de urgencia.

Luego, el artículo 6 establece que corresponde al Estado designar una Autoridad Central¹⁷⁷ encargada de cumplir con las obligaciones que le serán impuestas por la Convención, esto es, asegurar el regreso inmediato de los niños, y de llevar a cabo los demás objetivos de la presente Convención.

En nuestro país la institución designada para cumplir las funciones correspondientes a la Autoridad Central es la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial.

¹⁷⁶ Entre los cuales se encuentran los mencionados Estados Parte de la Convención de Nueva York de 1956 sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero.

¹⁷⁷ La Autoridad Central deberá cumplir una doble función, solicitar a otros países el regreso de algún niño a su propio país o garantizar el establecimiento y cumplimiento del derecho de mantener una relación directa y regular, asimismo, debe recibir las solicitudes de otros países de restituir a un niño que se encuentra en el país de la Autoridad Central requerida, o del derecho de mantener una relación directa y regular, para lo cual debe iniciar los procedimientos que sean pertinentes ante los Tribunales de Justicia de su país.

2.1.5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.

Con fecha 22 de noviembre de 1969 el Gobierno de Chile suscribió, en la ciudad de San José, Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", siendo aceptada con posterioridad¹⁷⁸, por el Presidente Patricio Aylwin Azócar, previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 458, del Honorable Senado, de fecha 14 de agosto de 1990, siendo depositado en Instrumento de Ratificación ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990.

Esta Convención establece que los derechos que en ella se contemplan son propios de todo ser humano, teniendo como fundamento los atributos de la persona humana, por ello el pleno goce y ejercicio de tales derechos está garantizado a los niños. Es así como literalmente establece en su artículo 1, bajo el título “Obligación de Respetar los Derechos”, en su numeral 2: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, por lo cual, dentro de su ámbito de protección, están los derechos de los niños, existiendo disposiciones vinculadas especialmente a la protección de la infancia, mencionándose las siguientes:

¹⁷⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Decreto Supremo 873 Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.23 agosto1990.

1. Artículo 4. Derecho a la Vida.

“5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.”

2. Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.

“5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento.”

3. Artículo 17. Protección a la Familia.

“17. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

4. Artículo 18. Derecho al Nombre.

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

5. Artículo 19. Derechos del Niño.

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Esta norma establece directamente la protección de los derechos del niño, obligando a los Estados Parte a establecer un marco normativo adecuado para garantizar la protección que requiere, dada su condición, a la infancia, debiendo reconocer a los niños, dentro del concepto de protección integral, como sujetos de derechos.

2.1.6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, siendo suscrito en la misma oportunidad por el Gobierno de Chile, procediéndose a ser depositado el Instrumento de Ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas el día 10 de febrero de 1972.

Posteriormente, mediante Decreto¹⁷⁹, se dispone y manda a que se cumpla y lleve a efecto como Ley dicho Pacto Internacional y que se publique copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

Igualmente, este Pacto contiene normas específicas que tratan materias relativas a los derechos de los niños y la familia. Tales disposiciones son las siguientes:

1. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

“1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (...).

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (...).”

2. Artículo 12.

¹⁷⁹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto Supremo 326 Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 28 abril 1989.

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.”

2.1.7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966, siendo suscrito por el Gobierno de Chile con esa misma fecha. Posteriormente fue depositado el Instrumento de Ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas con fecha 10 de febrero de 1972.

Mediante Decreto¹⁸⁰ se dispone y manda a que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República.

En este instrumento también se encuentran disposiciones relacionadas con la protección de la infancia, destacando las siguientes:

¹⁸⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto Supremo 778 Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 30 Noviembre 1976.

1. Artículo 6.

“5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.”

2. Artículo 10.

(...) “2. b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.”

3. Artículo 14.

“4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.”

4. Artículo 23.

(...) “4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

5. Artículo 24.

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia

como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

En virtud de los derechos establecidos en este Pacto, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 17¹⁸¹ señaló que en cuanto a las medidas de protección que deben garantizarse al menor no son los únicos que el Pacto reconoce, y que éstos gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados. De tal manera, no cabe sino concluir que los niños gozan de todos los derechos civiles.

2.1.8. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este instrumento internacional de protección de los Derechos Humanos fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217 A (III).

Tras la aprobación y proclamación de la Declaración, la Asamblea pidió a todos sus países miembros (entre los cuales está Chile) que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera “distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros

¹⁸¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 17, HRI/GEN/Rev.2.

establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o territorios”.¹⁸²

Esta Declaración también contiene normas que mencionan específicamente la protección a los derechos del niño, estableciendo lo siguiente:

1. Artículo 25.

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

2. Artículo 26.

“Los padres tendrán derechos preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (...).”

2.1.9. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

¹⁸² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396&idVersion=2009-03-03>> [consulta: 10 diciembre 2014].

Esta declaración, a pesar de haber sido en su origen una mera resolución, actualmente tiene un carácter vinculante que crea obligaciones para los Estados miembros de las Organización de Estados Americanos, entre los cuales se encuentra nuestro país.

La Declaración establece en dos de sus artículos las siguientes menciones expresas a la protección de los derechos del niño:

1. Artículo VII: Derechos de protección de la maternidad y a la infancia.

“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.”

2. Artículo XXX: Deberes para con los hijos y los padres.

“Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.”

2.1.10. Protocolo de San Salvador.

Este instrumento corresponde al protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos y sociales y culturales de

1988. Fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1998, en el 18° período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

El Protocolo a su vez, también ha incluido dentro de su texto normas referentes a los derechos del niño, disponiendo lo siguiente:

1. Artículo 13: Derecho a la educación.

“Conforme con la legislación interna de los Estados Partes, los padres tendrán derechos a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella de adecue a los principios enunciados precedentemente.”

El numeral 2 de este artículo señala los principios a los cuales debe adecuarse el ejercicio del derecho a la educación, disponiendo que los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Acuerdan, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

2. Artículo 15: Derecho a la constitución y protección de la familia.

“Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: (...)

b) Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d) Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

3. Artículo 16: Derecho a la niñez.

“Todo niño, sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo (...).”

2.1.11. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Esta Convención y su Protocolo facultativo¹⁸³ fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 61º período de sesiones, el año 2006.

En Chile, luego de haber sido aprobado por el Congreso Nacional y depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el Instrumento de Ratificación de la Convención y su Protocolo Facultativo, entra en vigor el 28 de agosto de 2008 en virtud del Decreto 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es un tratado especial de derechos humanos, en que se reconocen los derechos de las personas con discapacidad – son los mismos derechos que los demás personas -, pero se reafirma que las personas con discapacidad también han de disfrutar de tales derechos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás personas.¹⁸⁴

Es así, como establece en su artículo 1º el propósito de la Convención, señalando que busca promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de

¹⁸³ El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece dos procedimientos: comunicaciones e investigaciones, ambos a cargo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establecido en el artículo 34 de la Convención.

Al pasar a ser partes de este Protocolo, los Estados reconocen la competencia del Comité de recibir denuncias (denominadas comunicaciones) de particulares que afirmen que se han violado disposiciones de la Convención. En el Protocolo también se brinda al Comité la oportunidad de realizar investigaciones cuando haya recibido información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas de la Convención por un determinado Estado parte. Los Estados pueden excluir el procedimiento de investigación mediante la formulación de una declaración al respecto en el momento de la firma o ratificación del Protocolo.

¹⁸⁴ NACIONES UNIDAS. 2014. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Guía de formación, Serie de capacitación profesional N° 19. Nueva York y Ginebra. 25p.

todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

En cuanto a la protección de los niños con discapacidad, esta Convención establece expresamente en su artículo 7 el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. También señala el interés superior del niño como una consideración primordial en todas las actividades relacionadas con los niños con discapacidad.

A continuación, en el último párrafo de este artículo recoge el derecho a ser oídos, toda vez que expresen libremente su opinión sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

Resulta interesante recordar el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño, a pesar de haber sido aprobada con una diferencia de más de diez años respecto a la Convención en comento, ya hacía mención a la discapacidad, en materia de los niños, utilizando la denominación de niños impedidos (mental o físicamente), los cuales tienen derecho a disfrutar una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad y le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación. Además reconoce el derecho a recibir cuidados especiales y asistencia necesarios, los cuales, deberán ser

gratuitos siempre que sea posible, teniendo en cuenta la situación de quienes tengan el cuidado del niño. Esta asistencia estará dirigida a que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, capacitación, servicios sanitarios, rehabilitación, preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento. Señala a continuación, que estos servicios tendrán por objeto que el niño logre la integración social y desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida de lo posible.

Es así, como la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la necesidad de proteger contra la discriminación¹⁸⁵ por motivos de discapacidad, además de reconocer concretamente el derecho de los niños a disfrutar de una vida plena.

Respecto de esta función, el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General N° 9 del año 2006 sobre los derechos de los niños con discapacidad contiene amplias orientaciones al respecto en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta Convención, como se señaló, es previa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y vigente al momento de negociar esta Convención, contuvo orientaciones pertinentes para el artículo 7 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.¹⁸⁶ Relacionándose de esta manera la Observación General del Comité sobre los Derechos del niño mencionada y la aplicación del contenido del artículo 7 señalado.

¹⁸⁵ El artículo 2 de esta Convención establece la obligación de los Estados tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación, en especial por discapacidad (utiliza el concepto de impedimentos físicos, además de disponer el principio de no discriminación respecto de cualquier otra condición del niño).

¹⁸⁶ Op. Cit. 30p.

2.2. MECANISMOS LEGALES.

A partir de 1990, año en que Chile ratifica y promulga la Convención sobre los Derechos del Niño como ley de la República, se origina dentro de la legislación nacional una nueva concepción del Derecho de Menores, que pretende adecuar toda la normativa vigente a los principios que tienden a crear un sistema de protección integral de éstos, considerando al niño como sujeto de derechos y deberes y respeto al cual ha de entenderse en forma primordial, al tomar decisiones que lo involucren, a su interés superior¹⁸⁷.

En virtud de esta nueva concepción sobre los derechos de los niños, revisaremos algunas de las normas, agrupadas en virtud de sus temáticas, que han introducido importantes modificaciones a la legislación, creado nuevos instrumentos legales de protección, estableciendo nuevos procedimientos e instituciones, todo lo cual, según veremos, busca ajustarse a los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, buscando hacer efectivos los derechos que en ella se consagran.

¹⁸⁷ BAEZA CONCHA, Gloria. 2001. El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho (2). Vol.28. 359p.

2.2.1. Ley 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

Esta Ley, publicada el 26 de octubre de 1998, es de gran importancia pues, como lo señala el mensaje del Poder Ejecutivo al momento de presentar el proyecto de Ley, termina con la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, estableciendo un trato igualitario para todos los hijos, cualquiera sea la situación legal entre sus padres al momento de su concepción¹⁸⁸, recogiendo especialmente el principio de no discriminación establecido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, atiende primeramente al mandato constitucional que reconoce y asegura la igualdad de todas las personas ante la ley, principio que también ha sido reconocido en otros instrumentos internacionales ratificados por Chile.

De todas formas, se mantiene la distinción, para efectos de determinación de la filiación, la diferenciación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, dependiendo si han nacido dentro o fuera de una relación matrimonial, señalando al respecto que no puede ignorarse que el matrimonio otorga un principio de certeza que permite presumir la paternidad del marido.

¹⁸⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366>> [consulta: 16 octubre 2014].

2.2.2. Ley 19.620. Dicta normas sobre adopción de menores.

La Ley sobre adopción de menores señala en su artículo 1º¹⁸⁹ su principal objetivo: “velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

En el Proyecto de Ley¹⁹⁰, se señala expresamente que con la presente norma (que derogó la Ley 18.703, que dictaba normas sobre adopción de menores y modificó la Ley 7.603, sobre adopción) se busca adecuar esta normativa a la Convención sobre Derechos del Niño, recogiendo especialmente el principio rector que debe primar en todas las medidas que adopten las instituciones, el interés superior del niño, el cual impera durante el proceso judicial que antecede a todo proceso de adopción.

Es importante señalar que las normas que fueron modificadas con la Ley 19.620 en comento, también establecían la necesidad de que la adopción significara un beneficio o una ventaja para el menor y sólo en ese evento procedía el otorgamiento de la adopción.

Además, se establece en la ley actual que la finalidad principal será siempre la protección del menor, de su familia biológica y el mantenimiento de sus raíces étnicas.

¹⁸⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley 19.620 Dicta normas sobre adopción de menores. 26 julio 1999.

¹⁹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley Nº 19.620, Dicta normas sobre adopción de menores. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084>> [consulta: 16 octubre 2014].

Es así, como también esta Ley se adecua a lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención, que establece las disposiciones que deben adoptar los Estados en materia de adopción.

2.2.3. Ley 19.684. Modifica el Código del Trabajo para abolir el trabajo de los menores de quince años; Ley 20.001. Regula el peso máximo de carga humana; Ley 20.189. Modifica el Código del Trabajo, en lo relativo a la admisión al empleo de menores de edad y al cumplimiento de la obligación escolar.

Estas normas responden al deber que tiene el Estado de proteger al niño contra la realización de cualquier trabajo que sea nocivo para su salud, educación o desarrollo; fijar edades mínimas de admisión al empleo y reglamentando las condiciones para realizarlo. Estas obligaciones se encuentran establecidas en el artículo 32 de la Convención.¹⁹¹

¹⁹¹ Asimismo, el Convenio N° 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado por la Conferencia General de la OIT el 26 de junio de 1973 y promulgado en Chile el 17 de febrero de 1999 en virtud del Decreto 227 del Ministerio de Relaciones Exteriores, se refiere a la edad mínima de admisión al empleo, señalando en su artículo 1° que todo Miembro que ratifique el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

A su vez, el Convenio N° 182 de la OIT, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 17 de junio de 1999 y promulgado en Chile el 29 de febrero de 2000 en virtud del Decreto 1447 del Ministerio de Relaciones Exteriores, se refiere a las peores formas de trabajo infantil, estableciendo en el artículo 1° la obligación de todo Miembro que haya ratificado el Convenio de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

La Ley 19.684, promulgada el 20 de junio de 2000, como lo señala su nombre, establece la edad mínima para trabajar, prohibiendo el trabajo para los menores de 15 años, aunque es legal entre los 15 y 18 años, se deben cumplir con ciertos requisitos establecidos en el Capítulo II del Código del Trabajo denominado “De la capacidad para contratar y otras normas relativas al trabajo de menores”.¹⁹²

A su vez la Ley 20.001, publicada el 5 de febrero de 2005, incorpora el Título V al Código del Trabajo, estableciendo que los menores de 18 años y mujeres no podrán llevar, transportar, cargar, arrastrar o empujar manualmente, y sin ayuda mecánica, cargas superiores a los 20 kilogramos.

Finalmente, la Ley 20.189, promulgada el año 2007, reemplaza el artículo 13 del Código del Trabajo, estableciendo que los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa, y acreditándose el haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica.

En cuanto a la modificación legal realizada en nuestra legislación, interesa mencionar lo establecido en el artículo 3, el cual señala que para efectos de este Convenio, la expresión “peores formas de trabajo infantil” abarca: “d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.”

¹⁹² A grandes rasgos, estas normas establecen que para que estos menores trabajen deben contar con una autorización escrita de sus padres o tutores; debe existir un contrato de trabajo y una remuneración legal; las jornadas diurnas de trabajo no pueden ser superior a 8 horas; las labores que realicen los menores deben ser livianas, no afectar a su salud, seguridad o moralidad; no debe tratarse de trabajos mineros subterráneos; no deben desempeñar labores en lugares donde se venda alcohol; y si los menores tienen entre 15 y 16 años, deben acreditar su asistencia a la escuela.

2.2.4. Ley 19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil; Ley. 20.207. Establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se imputará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad; Ley 20.526. Sanciona el acoso sexual infantil, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil; Ley 20.594. Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades.

Estas leyes, en su conjunto, obedecen al compromiso asumido por el Estado en cuanto a asegurar el derecho del niño de ser protegido de la explotación y abuso sexuales, incluyendo la prostitución y su utilización en prácticas pornográficas, consagrado en el artículo 34 de la Convención.¹⁹³

La Ley 19.927, promulgada el 5 de enero de 2004, reprime la pornografía infantil modificando la normativa actual, eleva la edad mínima para que se estime que un menor consienta válidamente en una relación sexual, de 12 a 14 años, y eleva las penas de los delitos de violación, estupro y abuso sexual, entre otros.

Por su parte, la Ley 20.207, promulgada tres años después, como su título lo indica, establece que el plazo prescripción de delitos sexuales contra menores, establecido en el

¹⁹³ También caben mencionar el Protocolo Facultativo suscrito por Chile relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

artículo 94 del Código Penal, se computará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad.

El mismo año, 2007, se promulga, la Ley 20.526 establece que se sancionará a quien, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determine a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual. Se sancionará también cuando los delitos descritos sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico.

Finalmente la Ley 20.594, del año 2012, introduce modificaciones al Código penal en materia de penas, estableciendo en la Escala General de penas una nueva sanción para crímenes o simples delitos para delitos cometidos contra menores de 14 años, la inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa o habitual con personas menores de edad.

Esta Ley también modifica el Decreto Ley N° 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas incorporando una sección especial denominada “Inhabilitaciones para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad”, en la cual se registrarán las inhabilidades impuestas por sentencia ejecutoriada. Además se establece el acceso general para cualquier persona natural o jurídica que requiera saber si alguien está afecta a esta inhabilitación, con el fin de contratarla para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con menores de edad, o

cualquier otro fin similar, sancionando a quien solicite esta información para fines distintos a los señalados con una pena de carácter pecuniario establecida por el juez de policía local competente en el territorio donde se haya cometido la infracción.

2.2.5. Ley 19.968. Crea Tribunales de Familia.

La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia viene a establecer un tribunal especializado, eliminando los antiguos juzgados de menores, y, en términos generales, consagra un procedimiento oral, flexible, concentrado, y basado en el principio de la inmediación.

Los juzgados de menores tienen su origen en la creación del Primer Juzgado de Menores para Santiago, en 1928 con la dictación de la Ley 4.447, introduciendo una nueva concepción en la relación entre el Estado y los menores, en la cual sólo se cautelaba al menor en situación irregular, esto es, aquel en situación de riesgo material o moral, introduciendo a nuestro sistema la denominada doctrina irregular, aplicándose la ley de menores a aquellos considerados en una situación de desprotección, en condición de vulnerabilidad. Esto constituye una diferencia respecto a lo que ocurre hoy con los Tribunales de Familia, pues éstos conocen de materias destinadas a cautelar los derechos de los menores en general.

Junto con establecer esta concepción sobre la protección de la infancia, se ha señalado que formalmente esta ley contenía vacíos, en virtud de los cuales no se establecían de manera explícita la competencia de estos tribunales, la cual debía desprenderse de sus disposiciones, las cuales constituían un reducido número de materias que fueran competencia de estos tribunales, las cuales aumentaron debido a la labor de interpretación de aquellas. Posteriormente se dictaron diversas normas que ampliaron la competencia de estos tribunales a materias como tuición, patria potestad, emancipación, alimentos, adopción, incluso conocer de ciertos delitos en que aparecieran menores inculcados, entre otras.

Además de estas modificaciones y la existencia de esta judicatura especializada en tutela de menores, la realidad es que los conflictos de naturaleza familiar, que habían desarrollado diferentes controversias que debían ser resueltas por la judicatura, eran conocidos de manera disgregada, entre estos juzgados y tribunales ordinarios, lo cual revelaba deficiencias en el Derecho vigente y un sistema obsoleto para enfrentar estos conflictos de familia.

Es así, que en este escenario de dicotomía en cuanto al tribunal competente que conocía de estos conflictos, tanto los relativos específicamente a los menores y los que en materia de familia terminaban afectándoles, denotan la falta de una nueva concepción moderna y sistémica de las controversias familiares, generando la necesidad de una judicatura de familia especializada, que pudiese brindar una solución que abarcara en su globalidad a esta clase de conflictos.

A esta realidad, se suman las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que en virtud de los artículos 4, 40 y 44 de la Convención, existe el deber de crear una judicatura especializada para los temas de la infancia, especialmente los que dice relación con las infracciones a la ley penal, de tal manera de garantizar un recurso efectivo ante los Tribunales de Justicia¹⁹⁴, otorgando la garantía correspondiente para dar efecto a los derechos que se reconocen en la Convención, adoptando las medidas legislativas y administrativas para este objetivo, informando posteriormente estos avances al Comité de los Derechos del Niño.

Todo lo anterior, contribuyó a que se comenzaran a dictar diversas normas que regularan y modificaran la legislación vigente en materia de familia, otorgando un nuevo estatuto que reglamentara, al menos en lo sustantivo, el Derecho de familia.

Sin embargo, a este nuevo estatuto le faltaba un adecuado correlato en materia procesal, adecuando definitivamente este Derecho a la normativa internacional suscrita respecto a esta materia.

Es así, como en los años noventa comienza una serie de reformas impulsadas por el Estado, buscando su modernización, especialmente en materia de administración de justicia, determinando que se promulgue el 25 de agosto de 2004 la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en vigencia desde el 1° de octubre de 2005, instaurando una judicatura especializada en temas relativos a la familia, entendiendo que estos conflictos requieren un enfoque multidisciplinario en su análisis, conociendo de manera

¹⁹⁴ TURNER SAELZER, Susan. 2002. Los Tribunales de Familia. *Ius et Praxis* (2). 414-415p.

directa e inmediata el juez del asunto controvertido, favoreciendo las formas auto compositivas en su resolución. Por ello, la ley contempla normas de carácter orgánico y procedimental, que incorporan nuevas formas de solución de conflictos y pretenden facilitar el acceso a la justicia.

Cabe señalar que aunque con la creación de los Tribunales de Familia se reemplazaron los Juzgados de Menores, la Ley 19.968 no derogó completamente la Ley de Menores, pues ésta trata materias que no son competencia de los nuevos Tribunales.

Resulta necesario señalar que durante los primeros años de existencia de los Tribunales de Familia surgieron diversos problemas en cuanto a su funcionamiento (entre ellos los problemas que generaba, en el contexto de un procedimiento desformalizado, la comparecencia sin abogado patrocinante, no establecimiento de la mediación como obligatoria en ciertas materias, la excesiva carga de trabajo en los tribunales, y otros), los cuales motivaron su reforma por la Ley 20.286, la cual intentó abordar los distintos problemas que surgieron con la entrada en vigencia de la Ley 19.968. Así lo indica el Mensaje Presidencial¹⁹⁵, al realizarse un diagnóstico elaborado por una Comisión de expertos de familia evidenciando estas dificultades.

De esta manera la Ley 20.286 reúne toda la experiencia acumulada acerca de las falencias que se habían observado en el funcionamiento de los Tribunales de Familia introduciendo, a modo general, modificaciones en cuanto a la dotación de magistrados y

¹⁹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.286 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=277775>> [consulta: 16 octubre 2014]

funcionarios administrativos, crea una unidad de cumplimiento, obligatoriedad de asesoría letrada, entre otras.

Se ha señalado que los principales desafíos de la nueva justicia de familia lo constituyen¹⁹⁶: a) Tratar al niño como sujeto de derechos; b) Promover la resolución no adversarial para los conflictos de familia; c) Asegurar, en caso de rupturas matrimoniales, los intereses del cónyuge económicamente más débil y del niño (conservando su relación con el padre o madre no custodio y asegurando un sostén económico suficiente por parte del mismo). En definitiva, comenzar a tratar a los niños como verdaderos sujetos de derecho en los tribunales, tanto en procedimientos sobre conflictos de familia como en los procedimientos de protección de derechos del niño.

2.2.6. Ley 20.032. Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME) y su régimen de subvención.

Esta Ley, promulgada el 11 de julio de 2005, viene a reorganizar al Servicio Nacional de Menores (SENAME), estableciendo un sistema de atención a la niñez y adolescencia, a través de su red de colaboradores y sumado a la reforma en el sistema de subvenciones estatales con el cual se financia esta red.

¹⁹⁶ COUSO, Jaime. 2006. El Niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. El interés superior del Niño autonomía progresiva y derecho a ser oído. Revista de derechos del niño (3 y 4). 146p.

El origen de esta reforma fue coincidente con la tramitación del proyecto de ley sobre Tribunales de Familia y la iniciativa legal sobre responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal, respondiendo ambas al compromiso asumido por el Estado en materia de cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, se indica en el Mensaje del Ejecutivo¹⁹⁷ al presentar el proyecto sobre reforma del SENAME, que ésta se basa en tres ejes estratégicos: 1) La aplicación efectiva de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las personas menores de dieciocho años; 2) La promoción de la integración familiar, escolar y comunitaria del niño o adolescente y su participación social; y 3) La profundización de la alianza entre las organizaciones de la sociedad civil y el Estado y las municipalidades, en el diseño, ejecución y evaluación de la política pública.

Es así como esta Ley viene a implementar un nuevo sistema de atención, basado en principios que obedecen al cambio en la concepción que se tiene respecto de los niños a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre los cuales se pueden señalar: inclusión, integralidad y participación.

La modificación introducida por esta ley permite aumentar la dotación de instituciones encargadas de los niños y adolescentes, incorporando también programas de atención familiar, centros de atención ambulatoria, programas de prevención de

¹⁹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.032 Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores de SENAME, y su régimen de subvención. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=240374>> [consulta: 13 noviembre 2014].

situaciones de vulneración y promoción de derechos. Esta última función se relaciona con la intención de entregar una protección integral, toda vez que no sólo se preocupa de aquellos niños que se encuentran en una situación especial.

2.2.7. Ley 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Aunque fue promulgada en noviembre de 2005, inició su vigencia el año 2011 creando un sistema jurídico especializado en adolescentes (personas en desarrollo), reconociéndolos como sujetos de derecho, garantizando la aplicación de las normas del debido proceso.

Esta reforma se fundamentó en la contradicción que existía entre la legislación de menores y la Convención sobre los Derechos del Niño (especialmente su artículo 40 que establece el deber del Estado de tener un procedimiento que establezca un sistema de administración de la justicia de menores). Señalando especialmente que la informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, permitió el surgimiento de un sistema punitivo/tutelar, que no se somete a los controles constitucionales propios del sistema

penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales.¹⁹⁸

Los objetivos de esta Ley consisten en que, de acuerdo a su condición de sujeto de derecho del adolescente, se le hará penalmente responsable por delitos que eventualmente cometiera, a través de un sistema especializado que considere sus particularidades como persona en desarrollo, y colocando un particular énfasis en favorecer o no afectar su inserción social.¹⁹⁹

El artículo 1° de esta ley señala el contenido de la ley, estableciendo que la presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes (estableciendo que se aplicará esta ley a quienes fueran mayores de 14 y menores de 18 años al momento en se hubiere dado principio a la ejecución del delito) por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.

A continuación, el artículo 2, señala el criterio que se debe seguir durante el procedimiento judicial y las actuaciones administrativas que realicen, establecer sanciones y demás medidas que se apliquen al adolescente infractor, este es el interés superior del adolescente, señalando que éste se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos, si bien no lo define, señala a continuación que respecto a estos

¹⁹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803>> [consulta: 10 diciembre 2014].

¹⁹⁹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2011. Unidad de Defensa Penal Juvenil con la cooperación técnica de UNICEF. Informe estadístico 3 años de vigencia Ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago, Chile. 39p.

derechos, se deberán tener en cuenta aquellos reconocidos en la Constitución, en las leyes, Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes ratificados por Chile.

También resulta interesante que esta ley establezca una Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes, sustituyendo las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias para las personas condenadas según esta ley, aplicándose sólo las que se indican. Entre estas sanciones se establecen las privativas y no privativas de libertad. Las privativas consisten esencialmente en regímenes de internamiento provisional que tienen un límite máximo de tiempo y contemplan programas de reinserción social. Es importante señalar que se deben aplicar como último recurso estas sanciones privativas de libertad.

Coherente con esta reforma ha sido la creación de la Unidad de Defensa Penal Juvenil, área especializada dentro de la Defensoría Penal Pública, institución que proporciona defensa penal a quienes carezcan de abogado por cualquier circunstancia, mediante un sistema mixto público privado de defensores penales públicos; velando por la igualdad ante la Ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana.²⁰⁰

Es así como desde el inicio del nuevo sistema de justicia juvenil en Chile, la Defensoría Penal Pública ha buscado perfeccionar su actuar respecto de aquellos jóvenes que teniendo entre 14 y 18 años, son imputados por un delito y deben enfrentarse a un

²⁰⁰ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. La Defensoría. Misión de la Defensoría. [en línea] <http://www.dpp.cl/pag/1/13/la_institucion > [consulta: 14 noviembre 2014].

proceso penal, haciéndose muy importante la defensa cuando el imputado es adolescente, pues la mayoría de las veces es la primera vez que se enfrenta a esta situación.²⁰¹

Resulta importante destacar que en virtud de este compromiso asumido por la Defensoría, realizando esfuerzos constantes y consistentes por avanzar en esta especialización, es que hoy, además de contar con Unidades de Defensa Penal Juvenil, cuenta con la Defensoría Penal Mapuche en la Región de la Araucanía, la cual ha establecido la figura del facilitador intercultural. Se trata de una persona perteneciente a la etnia mapuche, que ha vivido en comunidades y se expresa en *mapuzungun* y cuenta con una cosmovisión apropiada para comprender el problema que se presenta en el respectivo juicio.²⁰² Este facilitador quien interviene en todas las causas en que los defensores de esta Defensoría participan, siendo de gran relevancia toda vez que los imputados son adolescentes mapuche.

²⁰¹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Defensa Penal Adolescente, la revista de la Defensoría Penal Pública. (9). Santiago, Chile. 2p.

²⁰² UNICEF. 2013. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Estrategias de defensa y protección jurídica de niños, niñas y adolescentes (16). Santiago, Chile. 10p.

2.2.8. Ley 20.422. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

La Ley 20.422 tiene su antecedente en la Ley 19.284 de 1994, la cual reguló por primera vez los derechos de las personas con discapacidad, la cual, según su texto tenía por objetivo promover la plena integración de personas con discapacidad, basándose en especial en el principio de equiparación de oportunidades.

Luego de diez años de vigencia, se hace necesario revisar esta norma en atención de nuevos desafíos planteados tanto por cambios demográficos, nuevos compromisos adoptados por el Estado de Chile en virtud de la ratificación de diversos tratados internacionales²⁰³, avances en el derecho comparado, y especialmente, el respeto a los derechos humanos, haciendo imprescindible la revisión y actualización de la normativa.

En virtud de los motivos indicados, se presenta en el año 2005 el Proyecto de Ley que modifica la Ley 19.284²⁰⁴, dando origen finalmente a la Ley 20.422, promulgada el 3 de febrero de 2010, la cual establece como objetivo asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena

²⁰³ Por ejemplo, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile el año 2002.

²⁰⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.422. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010903>> [consulta: 12 noviembre 2014].

inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad²⁰⁵.

A su vez establece en sus artículos 2º y 3º los principios que deben tenerse presente toda vez que se haga efectiva esta norma: participación activa y necesaria en la sociedad de las personas con discapacidad, fomentar la valoración en la diversidad humana, darle el reconocimiento de persona y ser social y necesario para el progreso y desarrollo del país, vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social.

Esta Ley consagra la importancia de proteger a los grupos de personas en situación de especial vulnerabilidad, así, en el inciso 2º del artículo 9 establece la obligación del Estado de adoptar acciones dirigidas a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en especial el respeto a su dignidad, el derecho a ser parte de una familia y a mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con las demás personas.

Asimismo, el inciso siguiente establece otro deber para el Estado, esto es, adoptar las medidas necesarias para evitar las situaciones de violencia, abuso y discriminación de que puedan ser víctimas las mujeres y niños con discapacidad y las personas con discapacidad mental, en razón de su condición.

²⁰⁵ BILBIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley 20.422 Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010903>> [consulta: 12 noviembre 2014].

Estas normas específicas, junto con el articulado completo de la Ley, son concordantes con lo establecido en el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que en éste se consagra el derecho de los niños impedidos, como se refiere la convención, a recibir cuidados, educación y adiestramiento especiales, destinados a lograr si autosuficiencia e integración activa en la sociedad.

Es preciso señalar que esta Ley también reconoce explícitamente en su artículo 10 el interés superior del niño como un principio rector que debe guiar toda actividad relacionada con niños con discapacidad.

2.2.9. Ley 20.680. Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

La Ley 20.680, promulgada el año 2013, basa las modificaciones por ella introducidas en el principio de corresponsabilidad que comparten madre y padre en cuanto al cuidado de los hijos, de esta manera cambia normas del articulado del Código Civil, Libro I, Título IX, denominado “De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos”, consagrando este principio en el actual artículo 224 del Código Civil, en virtud de lo cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa,

equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos²⁰⁶. En concordancia con este principio, también se modifica el artículo siguiente, 225, estableciendo el derecho y deber de ambos padres de criar y educar de manera compartida, priorizando el acuerdo de ambas partes al momento de establecer el cuidado personal de los hijos, derogando lo señalado en el antiguo artículo, el cual disponía que si los padres viven separados, corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos, de manera preferente, antes de establecer el común acuerdo como medio para determinar esta materia.

Esta Ley también introduce otras modificaciones en éste Título del Código Civil, los cuales también guardan relación con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, según lo indica el Proyecto de Ley²⁰⁷, con el artículo 9 de la Convención, el cual dispone que el niño sólo puede ser separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, cuando el interés superior del niño así lo indique, por ejemplo en casos de maltrato o descuido por parte de los padres, o esto vivan separados; mediando siempre la actuación de las instituciones correspondientes y en virtud de la ley y procedimientos aplicables al momento de decidir el lugar de residencia del niño. Asimismo, el número 3 de este artículo establece en caso de separación del niño de uno o ambos padres, el derecho de mantener relaciones personales y contacto regular con éstos, a menos que ello sea contrario al interés superior del niño.

²⁰⁶ CHILE. Ministerio de Justicia. 2014. DFL 1 Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 10 octubre 2014 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>> [consulta: 12 noviembre 2014].

²⁰⁷ SENADO. Tramitación de Proyectos. Mensaje Ley 20.680 Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> [consulta: 11 noviembre 2014].

Finalmente, el Proyecto hace mención a la correspondencia que debe tener nuestra legislación con lo establecido en el artículo 18 de la Convención en cuanto a la responsabilidad de padres y madres y el reconocimiento por parte de los Estados Partes del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en cuanto a la crianza y desarrollo de sus hijos, o en su caso, los representantes legales que tengan el cuidado de los niños, debiendo el Estado en ambas situaciones brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones, siempre teniendo como preocupación fundamental el interés superior del niño.

2.3. MECANISMOS INSTITUCIONALES.

A continuación, revisaremos las principales instituciones que actualmente existen en Chile y que desempeñan un rol de protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, según lo indican sus estatutos.

Es importante señalar que a pesar de lo que indique la normativa, en nuestro país la institucionalidad no está basada en una ley de protección integral, por lo cual hay una ausencia de una instancia con autoridad y competencias suficientes que incluyan la capacidad de coordinar efectivamente un sistema de protección integral, coherente con la Convención sobre los Derechos del Niño, y que articule con otros sistemas, como el de

protección social, de salud, judicial, en otros que son muy relevantes para la protección y promoción de los derechos de toda la infancia y adolescencia.²⁰⁸

2.3.1. Servicio Nacional de Menores (SENAME).

El SENAME (en adelante el “Servicio”) fue creado en el año 1979²⁰⁹, por medio del Decreto Ley 2.465, según lo indica el artículo 1º, como un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, de conformidad al artículo 2º del Decreto Ley.

El artículo 2º señala a quiénes se dirigirá la acción del Servicio, siendo los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo las siguientes circunstancias:

“a. Vulneración de sus derechos que tengan como causa principal: la falta de una familia u otra persona legalmente responsable que se haga cargo de su cuidado personal; acciones u omisiones de los padres o de las personas que tengan su cuidado personal; la inhabilidad transitoria o permanente de estas personas para velar por los derechos de

²⁰⁸ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 73p.

²⁰⁹ Luego que el Consejo Nacional del Menor (CONAME), cuya acción estaban definidas por la Ley de Menores, presentara serias deficiencias, pues sus funciones se limitaban a la asistencia técnica, supervisión y entrega de fondos (mantención institucional) a los organismos públicos y privados que estaban a cargo de la atención de niños, niñas y adolescentes.

aquéllos sin ayuda del Estado; y la propia conducta de los niños, cuando ésta ponga en peligro su vida o integridad física o psíquica.

b. Adolescentes que hayan sido imputados por haber infringido la ley penal, aquellos sujetos a una medida privativa o no privativa de libertad decretada por el tribunal competente o condenado a una pena.

c. En general, a la prevención de situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes y la promoción de sus derechos.”

A continuación, el artículo 3° señala que le corresponde en especial al Servicio²¹⁰:

“1.- Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores indicados en el artículo anterior.

2.- Proponer al Ministerio de Justicia planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan a dichos menores, con el fin de obtener su desarrollo integral, sugiriendo metas y prioridades de acuerdo con las necesidades nacionales y regionales.

3.- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que éstos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten.

4.- Crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente. En casos calificados, y con autorización del Ministerio de

²¹⁰ CHILE. Decreto Ley 2.465. Crea el Servicio Nacional de Menores y fija texto de su Ley Orgánica. Ministerio de Justicia. Diario Oficial 16 de enero de 1979. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6929>> visitado el 28 de octubre de 2014.

Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD²¹¹, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta.

5.- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia.

6.- Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley.

7.- Proporcionar, cuando procediere, ayuda técnica, material o financiera a las instituciones públicas y privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos del Servicio.

8.- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento.

9.- Efectuar la coordinación técnico-operativa de las acciones que, en favor de los menores de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas.

10.- Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores.

²¹¹ Oficinas de Protección a los Derechos del Niño.

11.- Informar, cuando lo disponga el Ministerio de Justicia, sobre la procedencia o conveniencia de conceder o cancelar la personalidad jurídica, o de modificar los estatutos, de las entidades de asistencia o protección de los menores a que se refiere el artículo 1°.

12.- Auspiciar y organizar cursos permanentes o temporales, sobre materias de su competencia, para capacitar a padres de familia, Juntas de Vecinos u otras organizaciones comunitarias y a personal de establecimientos públicos y privados, como asimismo congresos y seminarios a nivel regional, nacional o internacional. En el caso de congresos y seminarios de carácter internacional, deberá contar con la autorización previa del Ministerio de Justicia.

13.- Propiciar y realizar permanentemente estudios e investigaciones relacionados con los problemas del menor, en materias de su competencia.

14.- Recopilar y procesar la información y estadística que fueren necesarias sobre menores, sistemas asistenciales que se les aplican e instituciones que los atienden.”

Las funciones realizadas por el Servicio y la gestión realizada por él, se realiza dentro de un marco legal²¹² que contempla lo señalado por la Ley de Menores, Ley de Tribunales de Familia y Ley de Subvenciones para la atención de niños.

En cuanto a la Ley de Menores, y sus actualizaciones, se señala que otorgan el marco para la acción del Servicio en materia de protección. El detalle de las disposiciones se encuentra en el texto de la Ley 16.618, en lo referido a las causales de protección que

²¹² SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Marco Legal. [en línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=11>> [consulta: 16 octubre 2014].

conciernen a la conducta de padres y adultos responsables y en lo referido a las instancias de protección.

A su vez, la Ley de Tribunales de Familia, genera un escenario para la mejor realización de las tareas de protección que conciernen al Servicio, define sus competencias, la relación del quehacer del Servicio en este ámbito, e instruye respecto de las implicancias judiciales de las medidas de protección de los derechos para los niños, niñas y adolescentes.

Se indica así, que el Servicio lleva a cabo su gestión conforme a las instrucciones de los diversos tribunales distribuidos a lo largo del país. Todos los servicios y asistencias que se prestan en la institución, salvo las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), están ligadas a la justicia. Los niños y adolescentes que reciben atención han sido enviados directamente por los Tribunales de Familia, vale decir, se encuentran judicializados.

Finalmente, la Ley 20.032, que establece el sistema de subvenciones para la atención de niños y niñas a través de su red privada de colaboradores, constituye el cuerpo legal que especifica y reglamenta la oferta del Servicio, en las modalidades de intervención, cuya implementación compete a los Organismos Colaboradores de la red privada. A ellos se transfieren, a través de procesos de licitación pública, recursos para el financiamiento de los programas.

De esta forma, para cumplir con su labor, el Servicio cuenta con centros de atención directa y con una red de colaboradores acreditados, que postulan con proyectos a licitaciones públicas.

Además, en virtud de lo establecido en la Ley 19.620, el Servicio es el organismo que, junto con ser la institución que interviene en el proceso de adopción en Chile, es quien mediante su Director Nacional, acredita a los organismos que forman parte de este proceso por medio de resolución fundada basada en las características que deben tener estos organismos en virtud de lo dispuesto por la Ley²¹³.

De esta forma, el Servicio y los organismos acreditados, son las instituciones facultadas para hacerse parte en todos los asuntos que regula la Ley 19.620, en defensa de los derechos del menor comprendido dentro de sus normas. Esta facultad podrá ejercerse hasta que surta efectos la adopción, y con posterioridad, sólo en relación con el juicio de nulidad de la adopción.²¹⁴

Tanto el Servicio como los organismos acreditados son los únicos que pueden intervenir en los programas de adopción, los cuales consisten en el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable.²¹⁵

Finalmente, en el ámbito de la Ley 19.620, corresponde al Servicio llevar dos registros: uno de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; y otro, de personas que pueden ser adoptadas. El Servicio velará por la permanente actualización de esos registros.²¹⁶

²¹³ En virtud del artículo 6 de la Ley 19.620, la acreditación sólo será otorgada a corporaciones o fundaciones que tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción y sean dirigidas por personas idóneas.

²¹⁴ Artículo 4° Ley 19.620.

²¹⁵ Artículos 6 y 7 Ley 19.620.

²¹⁶ Artículo 5° Ley 19.620.

Junto con las funciones establecidas en la Ley 19.620, también le corresponde al Servicio ser la Autoridad Central encargada en materia de adopción internacional, en el marco de la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional²¹⁷.

El Servicio, como Autoridad Central, interviene en el procedimiento de adopción, relacionándose con otras autoridades públicas, centrales y organismos extranjeros acreditados, toda vez que una persona solicitante, de un Estado Parte de la Convención, exprese su deseo de adoptar a un niño que no haya sido adoptado en Chile.

Se señala por el Servicio que, habiendo suscrito el país una serie de otros acuerdos internacionales, estos han sido recogidos en las orientaciones e instrumentos de política pública, los que tiene injerencia en la acción del Servicio en materia de protección. También se traducen en un esfuerzo por concertar acuerdos con otras instancias de la administración del Estado, de manera de incorporar su contenido.²¹⁸

2.3.2. Oficinas de protección a los derechos del niño (OPD).

Las Oficinas de protección están definidas por la Ley 20.032, en su artículo 4, N° 3.1., como instancias de atención ambulatoria de carácter local, destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral a los derechos de niños, niñas y

²¹⁷ Nos referimos a esta Convención en el título I de este capítulo.

²¹⁸ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Marco Legal. [en línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=11>> [consulta: 16 octubre 2014].

adolescentes, a contribuir a la generación de las condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento y al respeto de los derechos de la infancia.

Las OPD, que en las primeras etapas de su diseño se denominaron Centros de Protección Integral a los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CPI), se presentan como uno de los más importantes aportes del proceso de rediseño institucional del Sistema de Protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes y han sido incorporados como línea de acción en el proyecto de ley de subvenciones del SENAME²¹⁹, presentándose como un servicio de protección, no jurisdiccional de carácter local.

La modalidad OPD se instaló inicialmente como un proyecto piloto en el año 2001, con seis oficinas en cinco regiones del país. Luego, con la entrada en vigencia de la Ley 20.032, durante el año 2006 se implementaron 102 OPD a través de licitación pública.

Se señala que los principios orientadores del modelo OPD²²⁰ son los siguientes:

- La población infanto-adolescente como sujeto de derecho.
- Interés superior del niño o niña.
- Integralidad y participación.
- Desjudicialización.
- Responsabilidad primordial de los padres y la familia en la crianza de sus hijos, e igualdad entre la madre y el padre.
- Territorialidad.

²¹⁹ CONTRERAS LARGO, Consuelo. El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. las oficinas de protección de derechos: un servicio del nivel local. Op. Cit. 168p.

²²⁰ Ibid.

En cuanto a su funcionamiento, son operadas en convenio entre el SENAME y una o varias municipalidades, según sea el caso, siendo estos gobiernos locales, por medio de la atención directa que prestan, quienes se encargan de la promoción de los derechos de la infancia, prevenir y atender la vulneración a estos derechos, encargándose de implementar sistemas locales de protección y de la atención a niños/as y adolescentes cuyos derechos han sido vulnerados y requieren protección.

Se ha establecido²²¹ que los objetivos específicos que deben orientar la acción realizada por las OPD son los siguientes:

- Elaboración participativa de una política local de infancia integrada en los instrumentos de gestión municipal, operacionalizada en un plan local, y que contenga, a lo menos: la promoción del enfoque de derechos, la institucionalización de redes colaborativas, el desarrollo y fortalecimiento de las competencias parentales y la promoción de la participación de niños/as, adolescentes, familias y comunidad en la protección y ejercicios de los derechos de la infancia.
- Fortalecer lazos colaborativos, articulados e integrados en redes entre sectores y actores locales vinculados a la niñez, que permitan intercambiar información, desarrollar intervenciones complementarias y generar mecanismos eficaces de derivación, apuntando hacia la co-responsabilización de los garantes de derechos.

²²¹ SENAME, Ministerio de Justicia. 2011. Línea de acción Oficinas de Protección de derechos de niños, niñas y adolescentes 2012-2014. P. 11. [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p23_22-11-2011/bases_tecnicas_opd_Vida_Nueva.pdf> [consulta: 14 enero 2015].

- Generar acciones dirigidas a la promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que permitan transversalizar el enfoque derechos, generando un lenguaje común en la materia.
- Ofrecer directamente la protección especial que sea necesaria en caso de vulneración de derechos, es decir, atención psicosociojurídica directa a los niños/as, adolescentes y sus familias cuando la derivación a la oferta especializada no sea posible, o cuando dicha derivación parezca innecesaria por tratarse de una situación que admita una solución relativamente rápida con los recursos de la propia oficina, del niño/a y/o los que posea el grupo familiar o adulto responsable del atendido/a.
- Promover el fortalecimiento de las competencias parentales que corresponden a las familias, privilegiando aquellas acciones destinadas a evitar la separación del niño, niña o adolescente de ésta o de las personas encargadas de su cuidado personal.

Para el período programático 2012-2015 se ha determinado dar énfasis a cuatro temáticas que están sustentadas principalmente en los hallazgos obtenidos a través del proceso de monitoreo de la modalidad, en la Convención de los Derechos del Niño, y en la experiencia y experticia que han acumulados las OPD a lo largo de su ejecución a nivel territorial.

De este modo se presentan los principales énfasis para el período 2012-2015²²²:

1. Fomento de la participación de niños, niñas y adolescentes.

²²² Op. Cit. 15p.

2. Co-responsabilización de los garantes de derechos ubicados en el territorio.
3. Elaboración e implementación de Políticas Locales de Infancia.
4. Protección de derechos vulnerados.

3.3.3. Corporación de Asistencia Judicial: Oficinas especializadas.

El origen de la Corporación de Asistencia Judicial está en los denominados Servicios de Asistencia Judicial, consultorios establecidos en la Ley 4.409²²³, los cuales fueron sustituidos, luego que la Ley 17.995 concedió personalidad jurídica a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana de Santiago, en adelante “CAJ RM”, Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Bío-Bío.

Según lo indica el artículo 2º de esta ley, estas Corporaciones, tendrán patrimonio propio y no perseguirán fines de lucro y su finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos²²⁴.

²²³ Ley 4.409 fija el texto definitivo de la Ley del Colegio de Abogados. En su artículo 12 letra ñ), agregada por la Ley 5.529, establecía que la obligación del Colegio de Abogados de crear y mantener consultorios jurídicos gratuitos para pobres y vigilar la correcta actuación de abogados llamados por ley a asistir a las personas que gozan de privilegio de pobreza. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=253931&idParte=7332867&idVersion=1934-12-26>> [consulta: 15 enero 2015].

²²⁴ Junto con proporcionar los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulantes a obtener el título de abogado.

El artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley 995²²⁵ reitera el objeto de esta institución.

Además de estas unidades a las cuales se les concede personalidad jurídica por medio de la ley 17.995, la Corporación de Asistencia Judicial cuenta, con unidades en las regiones de O'Higgins, Maule; y Magallanes.

Sin perjuicio que las diferentes CAJ a lo largo del país desempeñen similares funciones, se señala que las principales materias que atiende la CAJ RM son²²⁶: familia (divorcio, pensión de alimentos, régimen comunicacional, adopción, etc.); asuntos laborales; materias civiles; y atención a víctimas de delitos violentos (homicidios, delitos sexuales, entre otros).

En cuanto a las oficinas de familia, estas asisten a los beneficiarios en materias que son propias de competencia de los Tribunales de Familia. Entre estas actividades, destaca la tramitación de medidas de protección²²⁷, procedente toda vez que se han vulnerado o amenazado derechos de niños, niñas y adolescentes, en conformidad al artículo 8, número 7 de la Ley 19.968.

²²⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. DFL 995 Aprueba estatutos por los cuales se regirá la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana de Santiago. 16 julio 1981.

²²⁶ CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL. Presentación. [en línea] <<http://www.cajmetro.cl/presentacion/>> [consulta: 20 noviembre 2014].

²²⁷ El procedimiento de aplicación de medidas de protección, regulado en el artículo 68 de la Ley 19.968, consiste en un procedimiento especial que puede iniciarse de oficio o a requerimiento (niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello). El requerimiento no necesita formalidad alguna al ser presentado, pudiendo solicitarse cualquiera de las medidas cautelares especiales indicadas en la ley, en cualquier momento del procedimiento.

Entre de las materias indicadas por la CAJ RM, la Corporación también cuenta con oficinas especializadas, las cuales desempeñan funciones de manera específica, especialmente, en cuanto nos interesa, en materia de derechos del niño.

Cabe mencionar el Centro de Atención a Víctimas de Delitos Violentos (CAVI), el cual brinda un servicio profesional, especializado e interdisciplinario²²⁸ que presta asistencia para que la víctima de un delito violento y su familia puedan superar los efectos traumáticos del delito, previniendo la cronificación del malestar derivado de esta problemática y las consecuencias secundarias de ser víctima, así como también la protección de sus derechos, haciendo efectiva la responsabilidad del agresor y la reparación del daño y el perjuicio causado.²²⁹

Dentro del grupo de usuarios se encuentran - en menor proporción respecto de adultos - niños, niñas y adolescentes, quienes han sido derivados del Ministerio Público, Defensoría Penal pública, desde otros Centros de la CAJ, entre otros, quienes han sido víctimas en contextos de violencia intrafamiliar y maltrato infantil, asociado a abuso sexual y lesiones graves o menos graves.

Actualmente el CAVI de Santiago entrega atención a 23 comunas de la Región Metropolitana.

²²⁸ Este modelo de atención basado en un enfoque disciplinario posee tres componentes: judicial, social y psicológico.

²²⁹ CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL R.M. 2009. Informe ¿Quiénes son nuestras y nuestros usuarios? Perfil usuarios CAVI. Santiago, Chile. 4p.

Fuera de la Región Metropolitana, en la región de O'Higgins existe un centro de atención en la ciudad de Rancagua; en la región del Maule, un centro de atención en Talca; y en Magallanes, en Punta Arenas.

También, dentro de la CAJ, existe el Centro Regional por los Derechos del Niño (CREDEN), el cual otorga una atención, desde una perspectiva interdisciplinaria en vías a una reparación integral, focalizada en niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y maltrato infantil grave constitutivo de delito.

El ingreso de casos se realiza por derivación vía Tribunales de Familia, Programas de Redes de comunas de cobertura del Centro, también de forma espontánea.

Tiene una cobertura territorial y comprende en la Región Metropolitana las comunas de Pedro Aguirre Cerda, San Joaquín, San Miguel, Lo Espejo, La Cisterna, San Ramón, La Granja, El Bosque y la Pintana.

Respecto a centros de atención de CREDEN fuera de la Región Metropolitana, no aparece información en la página institucional de la CAJ, a diferencia de la información entregada respecto a las CAVI.

Finalmente, la CAJ cuenta con una Oficina Internacional, especializada en materia internacional de familia, cuyo objeto principal es la aplicación de dos tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile, la Convención de Nueva York de 1956

sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero y Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles del secuestro Internacional de Niños²³⁰²³¹.

Por Decreto²³² y Resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores, el año 1982 y 1994, el Estado de Chile designó a la Corporación de Asistencia Judicial R.M. como Autoridad Remitente, Institución Intermediaria, en conformidad a la Convención de Nueva York de 1956 y Autoridad Central, según lo indica la Convención de la Haya de 1980, siendo el organismo encargado de cumplir las obligaciones y funciones que imponen las Convenciones antes señaladas.

En tanto Autoridad Remitente, esta Oficina actúa toda vez que el alimentante (quien debe alimentos) reside en el extranjero, en uno de los países miembros de la Convención, encargándose de solicitar la obtención de una pensión de alimentos o el cumplimiento de una ya declarada, a la Institución Intermediaria designada en dicho país.

A su vez, como Institución Intermediaria, la Oficina Internacional actúa cuando el alimentante reside en Chile, existiendo una solicitud de alimentos o su cumplimiento, siendo la encargada de presentar la demanda ante los Tribunales de Familia, cuya tramitación se realizará en dos audiencias, una preparatoria de prueba y de juicio propiamente tal. En este sentido constituye a la regla general en materia de obtención de

²³⁰ Respecto a estas Convenciones, fueron tratadas en el primer título de este capítulo.

²³¹ CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL de la Región Metropolitana. Justicia te ayuda, chilenos en el exterior. Gobierno de Chile. [en Línea] <<http://justiciateayuda.cl/wp-content/uploads/2012/04/chilenosenelexterior.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014].

²³² CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1982. Decreto 254 Modifica Decreto Supremo N° 23 de 1961. 14 mayo 1982.

alimentos ante nuestros tribunales, toda vez que se establece la obligación de una instancia de mediación previa al inicio del juicio, la cual no existe pues la Oficina debe solicitar que se exima de la mediación familiar.

Como Autoridad Central, la Oficina Internacional cumple una doble función, como Autoridad Central Requirente, toda vez que el niño se encuentra en el extranjero, solicitar el regreso a su país o garantizar el establecimiento y cumplimiento del derecho de relación directa y regular. Asimismo, actúa como Autoridad Central Requerida cuando el niño se encuentra en nuestro país, debiendo realizar todas las gestiones pertinentes ante nuestros Tribunales de Familia, quienes en materia de sustracción de menores conocerán del asunto en una única audiencia que se realizará al quinto día desde que se encuentra notificada la demanda. Cuando la solicitud se trata del régimen comunicacional, el Tribunal conocerá del asunto en dos audiencias, una preparatoria de prueba y de juicio propiamente tal.

También en esta materia, se solicitará que se exima la Mediación Familiar, que es un trámite previo y obligatorio para este tipo de demandas en nuestro país, por cuanto se trata de una demanda de relación directa y regular o visitas bajo el Convenio de La Haya de 1980, que supone que el padre solicitante vive en otro país, y que el tratamiento que debe darse es de carácter de urgencia.

Es importante señalar que estas Convenciones sólo se aplican respecto de los países que las hayan suscrito, por lo cual se debe primero determinar si un Estado es parte o no, de tal forma de iniciar su actuar la Oficina Internacional.

Por último es importante señalar que al momento de ratificar ambos tratados, Chile no realizó reserva alguna respecto a la gratuidad del servicio prestados por las Autoridades correspondientes, cuyas funciones realiza la Oficina Internacional de la CAJ, por lo cual, en virtud del mandato que le fue otorgado, ésta debe atender en forma gratuita a quienes soliciten su intervención, sean nacionales o extranjeros, sin importar la condición socioeconómica del solicitante.

2.3.4. Consejo Nacional de la Infancia.

La creación del Consejo Nacional de la Infancia (en adelante el “Consejo”) es producto de las recomendaciones contenidas en el informe final realizado por el Consejo Asesor para las Políticas de la Infancia.

Este organismo fue establecido por Decreto como un Comité Interministerial²³³, con la misión de asesorar a la Presidenta de la Republica en todo aquello que diga relación con la identificación y formulación de políticas, planes, programas, medidas y demás actividades relativas a garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de los

²³³ Integrado por los Ministros de Desarrollo Social; Justicia; Educación; Salud; Hacienda; y Director (a) del Servicio Nacional de la Mujer; además de contar con la participación como invitados permanentes los (as) Subsecretarios del Ministerio Secretaria General de la Presidencia; de Vivienda y Urbanismo; del Deporte; y los (as) Directores (as) de Presupuestos; del Servicio Nacional de Menores. Pudiendo de todas formas el Consejo invitar a otros funcionarios de la Administración del Estado u otras autoridades públicas, incluso a personalidades de reconocida competencia. Artículo 4 Decreto 21 Crea Consejo Nacional de la Infancia. [en línea] <<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/versiones-antteriores/do/20140416/>> [consulta: 16 abril 2014].

niños, niñas y adolescentes a nivel nacional, regional y local, y servir de instancia de coordinación entre los organismos con competencias asociadas a dichas materias.²³⁴

Para cumplir con la función indicada, este Consejo posee las siguientes funciones:

- Asesorar a la Presidenta en la formulación de una Política Nacional de Protección a la Infancia y Adolescencia (2015-2025), el cual contendrá las medidas, planes y programas de acción necesarias para su ejecución y cumplimiento;
- Coordinar los distintos ministerios y servicios públicos competentes en materia de infancia y adolescencia con el fin de aplicar la Política Nacional mencionada y las medidas, planes y programas que contenga;
- Estudio de la legislación nacional vigente aplicable en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, proponiendo modificaciones constitucionales, legales o reglamentarias para crear efectivamente un Sistema de Protección Integral;
- Evaluación del desempeño de las instituciones que tengan por objeto la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, realizar recomendaciones para mejorar su servicio y entregar informes respecto de la labor realizada;

²³⁴ CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2014. Decreto 21 Crea Consejo Nacional de la Infancia. Artículo 1°. 14 abril 2014. [en línea] <<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/versiones-antteriores/do/20140416/>> [consulta: 16 abril 2014].

- Contribuir en la realización del informe periódico que debe presentar el Estado ante el Comité de los Derechos del Niño;
- Elaboración y propuesta de estrategias que permitan la difusión, promoción y sensibilización de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la población;
- Diseñar y administrar un sistema que permita evaluar el estado de aplicación de la Política Nacional, publicando los resultados obtenidos, el cual se denominara “Observatorio Nacional de la Infancia”; y
- Finalmente, el Decreto que crea a esta institución, permite la realización de cualquier acción que sea necesaria y pertinente para el cumplimiento de la misión que tiene el Consejo.

Actualmente el Consejo tiene seis áreas de trabajo destinadas a cumplir con las funciones que le han sido asignadas.

El Área de Estudios tiene por finalidad asesorar, hacer seguimiento y colaborar con el diseño y administración de un Sistema Nacional de Información que contribuya a la creación de la Política Nacional de Protección a la Infancia y Adolescencia. También organiza el trabajo del Observatorio Nacional de la Infancia y Adolescencia, el cual tendrá presente la opinión de diversos actores para crear propuestas basadas en los resultados obtenidos del seguimiento del Plan Nacional de la Infancia y Adolescencia. Además, esta área se encargará de reunir información, previa a la toma de decisiones del

Consejo, teniendo en cuenta la opinión de los niños, niñas, adolescentes y familias, mediante estudios, encuentros y otras formas de levantamiento de información.

Con el objetivo de generar instancias de coordinación entre los diferentes órganos de la administración y así favorecer la implementación de diferentes planes, programas y medidas, incluyendo la creación de una nueva Política Nacional, el Área Intersectorial interviene en estos aspectos, cumpliendo de esta forma la función que le ha sido asignada. En virtud de esta labor, el área trabaja intersectorialmente en casos en que ha existido un proceso judicial, para que niños y adolescentes sean tratados en virtud de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando en toda actuación, el principio del interés superior del niño.

Junto con la labor de coordinación entre los distintos sectores de la administración, también trabaja con diversos actores sociales en proyectos dirigidos a mejorar la calidad de vida de niños, niñas y adolescentes y sus familias, entre los cuales destaca la creación de espacios públicos para la recreación y la cultura de la infancia y un sistema de apoyo de psicosocial a las familias.

En cuanto a la gestión del Consejo, se tendrá en cuenta para su realización la opinión ciudadana, para lo cual el Área de Participación Ciudadana se encarga de la realización de acciones o iniciativas que aseguren la incorporación de las opiniones de niños, niñas y adolescentes, familias, instituciones y organismos de la sociedad civil, servicios estatales y municipales, recogiendo información respecto de sus necesidades y

experiencias, por medio, por ejemplo, de encuentros comunales y regionales en que participen estas opiniones sobre los derechos de la infancia.

El Consejo, por medio de la Unidad de Relaciones Internacionales, busca dar a conocer su labor, como una experiencia de política pública, mostrando el trabajo que ha realizado, tanto a nivel nacional como internacional, en organismos internacionales, gobiernos y academia.

Esta Unidad, en virtud de los vínculos creados con diferentes instituciones internacionales de reconocida competencia en materias de protección de los niños, brinda apoyo a las diferentes áreas del Consejo para mejorar su gestión.

Además, esta área se encarga de revisar información cuantitativa relativa a la protección a la infancia y adolescencia proveniente de distintos organismos internacionales, además de reunir las solicitudes de información que tales entidades realicen sobre información cuantitativa nacional.

Con el objetivo de generar las reformas legislativas necesarias para crear un Sistema de Protección Integral efectivo de los derechos de la infancia y adolescencia, el Área Legal asesora, estudia y colabora en la revisión de diferentes iniciativas que promuevan modificaciones constitucionales, legales y reglamentarias.

Finalmente, el Área de Comunicación es la encargada de desarrollar estrategias adecuadas que permitan la interacción entre la labor del Consejo y las personas, la comunicación entre diferentes actores de la sociedad, grupos de interés e instituciones,

elaborando las instancias destinadas a generar conversación en las diversas redes sociales, y la administración, monitoreo y generación de acciones virales, siempre con el objetivo de informar sobre la concepción del niño como un sujeto de derecho.

En definitiva, el Consejo tiene como objetivo generar cambios profundos y estructurales para situar a la niñez al centro de las políticas públicas²³⁵, siendo prioritario articular la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en atención a los mandatos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño. De esta forma, en el Decreto que crea el Consejo se dispone, que para efectos de articular un sistema de protección integral, mejorar los estándares del desempeño en esta materia y perfeccionar la institucionalidad pública existente, se requiere contar con una instancia asesora presidencial integrada por todos los sectores y organismos vinculados a la promoción y resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que con una composición intersectorial e interinstitucional preste su colaboración al Gobierno en el diseño e implementación del Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia.²³⁶

²³⁵ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Qué hace el Consejo [en línea] <<http://www.consejoinfancia.gob.cl/que-hace-el-consejo/>> [consulta: 22 octubre 2014].

²³⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2014. Decreto 21 Crea Consejo Nacional de la Infancia. Considerando 8. 14 abril 2014. [en línea] <<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/versiones-antteriores/do/20140416/>> [consulta: 16 abril 2014].

2.4. CONCLUSIONES.

En este capítulo se enunciaron los principales mecanismos legislativos e institucionales que debiesen propender a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en tanto herramientas creadas por nuestro Estado en virtud de los compromisos adquiridos en esta materia.

Es así, como los instrumentos internacionales adoptados ante organizaciones internacionales obedece a un interés de nuestro país de reconocer derechos humanos y darles una supremacía respecto de la legislación nacional, así como también la adopción de instrumentos que buscan hacer efectivo el ejercicio de ciertos derechos en el ámbito de cooperación entre los Estados.

De esta manera, toda vez que los Estados pasan a ser Partes de tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos, recordemos que los derechos del niño son derechos humanos, adquieren la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de estos derechos.

Coherente con esta obligación, mencionamos algunas normas dictadas luego de haber suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales sin duda son un avance, lo cual, según veremos en el próximo capítulo, ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño.

De todas formas, aún, luego de haber transitado un largo camino desde la suscripción de este Tratado, quedan tareas por cumplir en materia legislativa, ya que luego de revisar un extenso catálogo de normas promulgadas en nuestro país y su congruencia con los

principios establecidos en la Convención y la intención de ser coherente con este instrumento internacional, todavía no podemos hablar de un categórico avance en materia legislativa, pues, por ejemplo, aún están vigentes normas dictadas con anterioridad al año 1990, momento en que entra en vigor el Tratado sobre los Derechos del Niño, no se han incluido normas relativas a la protección de los derechos del niño en cuerpos legales que ordenan el actuar de diferentes instituciones que se relacionan con menores, y aún no se promulga la más importante reforma legal recomendada por el Comité de los Derechos del Niño, una Ley de Protección Integral.

En cuanto a la adecuación legislativa, se puede señalar como ejemplo la interacción entre niños y las policías (carabineros e investigaciones). Esta relación está desprovista de orientaciones jurídicas fundamentales, ya que la regulación de la actividad policial carece de la enunciación explícita de los derechos humanos, en general, y de los niños, niñas y adolescentes, en particular. Esto provoca, que cuando se deja de lado la consideración de los derechos humanos, las policías arriesgan la realización de conductas que no resuelven bien el mandato de proporcionalidad²³⁷ y el del interés superior del niño²³⁸.

Debido a esta situación, es que se ha recomendado la incorporación de estos derechos en la Constitución Política²³⁹ de la República y en las leyes que rigen a Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile, como parte de su misión institucional y de

²³⁷ Esto consiste en que toda vez que la autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental debe obedecer a la consecución de un fin constitucionalmente lícito y sólo cuando sea indispensable para lograr este objetivo.

²³⁸ UNICEF. 2012. Procedimientos policiales y derechos del niño. Santiago, Chile. 10p.

²³⁹ En especial en el artículo 101, el cual se refiere a las fuerzas armadas, de orden y seguridad pública.

sus potestades. Asimismo reconocer, de manera explícita, que las policías forman parte del Sistema de Protección Integral a la Infancia y que deben colaborar activamente en la prevención de vulneraciones y protección de todos los derechos de los NNA²⁴⁰. Además, establecer que las policías deben tener la obligación legal de contar con protocolos especialmente diseñados para velar por el respeto de los derechos de los NNA en todo procedimiento policial en que se vean involucrados.²⁴¹

Es importante señalar que, en relación a la labor de la policía, es imperativo que el Estado examine si el servicio otorgado por sus instituciones es coherente con las obligaciones contraídas luego de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto a la promulgación de una Ley de Protección Integral, que sea coherente con los principios consagrados en la Convención, aún se encuentra pendiente su promulgación, aunque actualmente se encuentra presentado, con fecha 30 de abril de 2013, un proyecto de Ley de Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes²⁴², aún se encuentra en el primer trámite constitucional.

Este Proyecto de Ley señala en sus fundamentos que se ha estimado necesario adecuar la legislación referente a los niños, niñas y adolescentes que viven en nuestro país según los principios y criterios que se establecen en la Constitución Política de la República, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en los demás tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en la materia.

²⁴⁰ Niños, niñas y adolescentes.

²⁴¹ UNICEF. Procedimientos policiales y derechos del niño. Op. Cit. 11p.

²⁴² Boletín 8911-18 Proyecto de Ley de Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9315&prmBL=8911-18> [consulta: 03 julio 2014].

Además se hace mención al interés de dejar atrás el antiguo sistema tutelar de asistencia a la infancia y adolescencia y reemplazarlo por uno que fortalezca su reconocimiento como sujetos de derechos, como se indica, se busca consagrar el cambio de visión que tiene respecto de los niños, “avanzando hacia una concepción de éstos como sujetos de derechos, con autonomía progresiva, con posibilidades de expresar su opinión, capacidad para defender sus intereses y responsabilizarse de sus actos, cuando corresponda. Además, busca reconocer que los niños poseen necesidades especiales y que se encuentra en una etapa de desarrollo, lo cual hace que requiera de un tratamiento distinto y particular”.

Resulta interesante además, que en este Mensaje se reconoce la dispersión normativa que existe en materia de derechos de los niños, lo cual, se indica, “dificulta el acceso a las prestaciones y la creación de políticas sociales claras y criterios de acción que logran entregar lineamientos precisos sobre el trato que ha de otorgarse a niños, niñas y adolescentes”.

Finalmente, cabe destacar que en este Proyecto de Ley también se hace referencia a la iniciativa²⁴³ que busca la reestructuración del Servicio Nacional de Menores, determinando la creación de dos nuevos servicios de atención a la infancia y adolescencia, en vista a la protección particular que requieren los niños, niñas y adolescentes. Por una parte, crea el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y la Adolescencia, el cual tendrá a su cargo las áreas de protección y adopción de niños,

²⁴³ Boletín 8487-07 Proyecto de Ley que Suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos Servicios de atención a la infancia y adolescencia. [en línea]
<<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> [consulta: 25 diciembre 2014].

niñas y adolescentes. Y por la otra, crea el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente, el cual tendrá por objeto contribuir a la responsabilización y reinserción social de los adolescentes infractores de la Ley.

Se ha señalado²⁴⁴ que los principios que deben guiar el actuar de los dos nuevos servicios son, la perspectiva de derechos, la especialización, la descentralización, la desjudicialización, la innovación, la flexibilidad, la accesibilidad, la participación de la sociedad civil, la transparencia, y la intersectorialidad. Además, la integralidad de la intervención; descentralización de los mecanismos; la pertinencia, atendiendo a la especialización inherente de este tipo de protección; y el principio de responsabilidad, que demanda al Estado no solo la transparencia, sino que también la responsabilidad de asumir todas las medidas necesarias para que se restituyan los derechos vulnerados de los niños y se ponga fin a dicha vulneración.

Junto con estos principios, deben estar presentes aquellos que informan la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, no discriminación, participación, desarrollo y supervivencia, e interés superior.

Es así, como no resulta poco relevante tener un conocimiento de las normas existentes en Chile en materia de infancia, pues desde su conocimiento es posible evaluar la situación actual en materia legislativa de la realidad que debiese existir, luego de transcurrido largo tiempo desde que se ratificó la Convención por nuestro país.

Pues luego de conocer este catálogo normativo, podemos concluir que en cada una de estas normas se ha buscado recoger algún principio o norma específica de este tratado,

²⁴⁴ UNICEF. 2012. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Santiago, Chile. 52p.

mas no se ha buscado la armonización en un sólo cuerpo legal que permita construir un criterio general dirigido a hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. Sólo podemos observar una gran dispersión legal, que abarca temáticas específicas, tratadas aisladamente y que por lo general, regulan situaciones de niños en situación de vulnerabilidad, sin revelarse en estas normas una política de Estado dirigida a materias de la infancia.

Sumado a esto, debe mencionarse la necesidad de armonizar nuestras leyes anteriores a la entrada en vigor de la Convención o bien derogarlas, de tal forma que nuestra estructura legislativa sea compatibles con ésta, lo cual implica un análisis constante de la normativa y su aplicación, todo lo cual no implica necesariamente que se deba reproducir literalmente en nuestra legislación en contenido de este Tratado, si no, más bien, que se consagren mecanismo que aseguren la exigibilidad de los derechos del niño.

En materia de institucionalidad, luego de revisar las principales funciones de los organismos más visibles en nuestro país con competencia en materia de derechos del niño, podemos señalar que esta se caracteriza en primer lugar, por la dependencia que tienen estas instituciones respecto de otros organismos, la tendencia natural a realizar una función más bien dirigida a los grupos vulnerables de niños, y la acción motivada por la reacción a la vulneración de derechos, más que una función visible de concientización sobre los derechos de los niños y de prevención de su vulneración.

En este sentido, es preciso indicar que, en cuanto a la institucionalidad en Chile, es un hecho visible que en materia de infancia y adolescencia, ésta adolece de serias deficiencias. Es necesario mejorar tanto el sistema de protección directa (referida a la

consagración de derechos fundamentales, sobre todo derechos sociales y económicos), así como la protección indirecta (a través de la sanción de ilícitos o medidas de carácter reparatorio), por ello el cumplimiento de estas garantías necesita de una mayor formalización, que refuerce el mandato normativo de estos derechos²⁴⁵.

Sin embargo, es loable el intento que se ha realizado, al establecer diferentes modificaciones institucionales como las OPD, por buscar la descentralización de los servicios, mejorando el acceso local a ello, sin tener que constantemente recurrir a una autoridad central, asimismo, que el actuar de estas instituciones y su intervención sea más cercana a las personas, más sectorial, en atención a sus necesidades específicas y características propias.

Finalmente, podemos señalar que una de las causas de que tanto la legislación, como la institucionalidad relacionada a la protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aún no satisfaga o al menos no se ajuste a un estándar razonable coherente con la Convención sobre los Derechos del Niño, puede ser la manera en que se han construido las políticas públicas dirigidas a la infancia en nuestro país, las cuales se caracterizan por la dispersión en que se encuentran los organismos, entidades y dependencias públicas encargadas de la atención de los niños y niñas en los diversos sectores del quehacer del Estado. Esta situación persiste, a pesar de los cambios institucionales impulsados desde la década de los '90 dirigidos a la modernización del

²⁴⁵ MOURE PINO, Ana María. Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile: estudio de derecho comparado. Op. Cit. 181p.

sistema público y pese a los múltiples programas de ayuda técnica, material y financiera que SENAME y las instituciones colaboradoras proporcionan a los niños.²⁴⁶

En el mismo sentido, resulta imperativo que el Estado constantemente examine si el servicio otorgado por sus instituciones efectivamente está cumpliendo con las obligaciones contraídas luego de ratificar la Convención.

²⁴⁶ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile. Op. Cit. 61-62p.

CAPÍTULO III. CREACIÓN DE UN DEFENSOR DEL PUEBLO PARA LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN CHILE.

3.1. CHILE EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

La Convención sobre los Derechos del Niño como parte integrante del sistema de las Naciones Unidas, al igual que otras convenciones sobre derechos humanos, establece un órgano y mecanismos de control.

En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, como se ha señalado, se establece el Comité de los Derechos del Niño, el cual debe examinar los informes que periódicamente deben presentar los Estados Partes, informando el grado de implementación de las disposiciones de la Convención y las dificultades que se han presentado para ello.

La función primordial del Comité al examinar estos informes, es identificar los avances de los Estados en la protección de los derechos contenidos en la Convención, las causas que han provocado determinadas violaciones y los obstáculos estructurales en el Estado Parte. Finalmente, el Comité formula recomendaciones a este Estado, cuyo cumplimiento revisará en el examen del próximo informe periódico.

Igualmente el Comité puede realizar comentarios u observaciones generales sobre interpretación de las normas de la Convención. Este conjunto de observaciones o recomendaciones generales han sido consideradas jurisprudencia internacional.

Los órganos de los tratados profieren una interpretación autorizada de las normas de derechos humanos y, consolidan así, criterios que deben ser atendidos por los Estados, en razón del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados.²⁴⁷

Respecto de esta función del Comité cabe señalar que éste no tiene facultades sancionadoras, al igual que los demás órganos instituidos en los diversos tratados de Derechos Humanos adoptados en la ONU; sin embargo, hay que subrayar la gran fuerza moral de la que gozan sus pronunciamientos en toda la comunidad internacional y la repercusión mediática de la que suelen ir acompañados en los países afectados. También hay que considerar la facultad que tiene el Comité de recomendar a la Asamblea General que solicite al Secretario General la realización de estudios sobre cuestiones concretas, tal como se hizo en 1993, para evaluar el impacto de los conflictos bélicos en los niños²⁴⁸.

²⁴⁷ UPRIMNY, Inés Margarita. 2008. Ponencia: El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. En: El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate. ESCOBAR ROCA, Guillermo. Editorial Dykinson. Madrid. 21p.

²⁴⁸ III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. 26p.

3.1.1. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

El Comité, en virtud del artículo 77 de su Reglamento²⁴⁹, podrá elaborar observaciones generales sobre la base de los artículos y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño para promover su aplicación y asistir a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones de presentación de informes.

Desde el año 2001 hasta la fecha el Comité ha publicado 17 Observaciones generales, relativo a diferentes temas, relacionados con la interpretación, promoción y protección de los derechos de la infancia.

De estas Observaciones, nos referiremos a tres de ellas, Observaciones Generales N°s 2, 5 y 9, ya que tienen directa relación con el objeto de este trabajo, esto es, dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la adopción de medidas generales de aplicación, en especial la creación de un organismo independiente que tenga como función la vigilancia de la efectiva adopción de la Convención, y así, dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en virtud de la ratificación de este instrumento y la real y plena protección de la infancia y adolescencia en nuestro país.

²⁴⁹ Reglamento Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/4/Rev. 4. 16 de abril de 2013. [En línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&SymbolNo=CRC/C/4> [Consulta: 28 octubre 2014].

3.1.1.1. Observación General N° 2 del año 2002. “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”.²⁵⁰

En este documento se realiza una invitación a los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño para que en su institucionalidad, en cumplimiento con el mandato establecido en el artículo 4 de la Convención²⁵¹, incorporen una institución nacional de derechos humanos, cuyo objetivo sea la vigilancia de la aplicación de la Convención, toda vez que el Estado la ha ratificado y por tanto se ha obligado a su plena aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño. Es importante señalar que, no obstante la creación de esta institución el Estado no puede delegar en ella sus obligaciones propias de vigilancia pues esta debe tener la completa libertad para establecer su programa y actividades.

A su vez alienta a los Estado que ya tienen esta institución a examinar sus estatutos y su eficacia o informar sobre cualquier organismo independiente establecido para promover y proteger los derechos del Niño.

Esta Observación señala que la creación de un instituto nacional de derechos humanos debe ajustarse a lo dispuesto en los Principios de Paris, relativos al estatuto de

²⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. [En línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11> [Consulta: 23 octubre 2014].

²⁵¹ El artículo 4 se refiere a la obligación del Estado Parte de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

este tipo de organismo, puesto que constituyen las normas mínimas para orientar a los Estados en el establecimiento de esta institución, en cuanto a sus competencias, atribuciones, composición, garantía de pluralismo e independencia, modalidades de funcionamiento, etc.

Respecto a la necesidad de contar específicamente con una institución nacional de Derechos humanos, enfocada principalmente a la protección de los niños, la Observación señala en su párrafo 5 “que si bien tanto los adultos como los niños instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales para velar porque se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños. Estos motivos comprenden el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación de por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente el limitado.”

Además, si en el Estado Parte existen diversas instituciones con funciones relacionadas a la protección de los derechos del niño, corresponde crear, en virtud de la mejor y eficaz utilización de los recursos, una única institución de mandato amplio cuya labor incluya actividades específicamente dedicadas a los derechos del niño, pudiendo

vigilar, promover y proteger sus derechos con independencia y eficacia, trabajando en forma conjunta con otras instituciones de derechos humanos que existan en el país.

Junto con la recomendación a crear este tipo de organismo, la Observación señala ciertas directrices para su establecimiento en cuanto al mandato y facultades que debe tener, la función de representar de manera pluralista a la sociedad, tener recursos efectivos ante las violaciones de los derechos del niño y actividades recomendadas.

En cuanto al mandato y facultades, se señala que la institución debe tener reconocimiento en la Constitución del Estado, teniendo al menos un mandato legal amplio, incorporando la Convención de los Derechos del Niño, sus protocolos facultativos y demás instrumentos internacionales pertinentes que sean relativos a la protección de los derechos humanos, enunciando específicamente las funciones, facultades y obligaciones concretas con respecto a la infancia relacionadas con la convención y sus protocolos facultativos.

Además, se señala que, en aquellos casos en que ya existiera una institución de derechos humanos creada con anterioridad a la ratificación de la Convención o sin que esta estuviese incorporada en su mandato, deberán realizarse las modificaciones legislativas correspondientes.

Finalmente, respecto a las facultades con las que tiene que contar este organismo, señala que se les debe conferir potestades que permitan un funcionamiento eficaz, en particular, en materia de investigación, poder obtener diferentes testimonios y acceso a la documentación que sea necesaria para realizar su labor, promoción y protección de los derechos del niño. Esto tiene relación con contar con recursos efectivos que permitan

hacer frente a la violaciones de los derechos del niño, examinando quejas y peticiones que den origen a un proceso de investigación, en el cual la institución pueda interpelar o interrogar a testigos, acceder a pruebas documentales e incluso acceder a lugares de detención.

Es necesario además que este organismo preste apoyo a niños que hayan acudido a los tribunales de justicia, en particular, como lo señala el párrafo 14, “a) poder someter en nombre propio casos relativos a cuestiones que afecten la infancia; e b) intervenir en las causas judiciales para informar al tribunal sobre las cuestiones de derechos humanos involucradas en el caso.”

Para el proceso de establecimiento, se indica que debe ser consultivo, inclusivo y transparente, que incluya la promoción en los más altos niveles del gobierno, legislatura y sociedad civil.

A fin de asegurar su independencia y funcionamiento eficaz, se recomienda dotar a estas instituciones del financiamiento suficiente que les permita tener una infraestructura que les ayude a cumplir ampliamente sus funciones, además de no tener controles externos que afecten su funcionamiento. Estos recursos deben ser destinados por el Estado, consistiendo en una cantidad razonable de fondos, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 4 de la Convención.

En cuanto a la integración de sus miembros, el Comité recomienda que esta debe tener una representación pluralista, es decir, estar compuesta por distintos sectores de la sociedad civil interesados en la promoción y protección de los derechos humanos, como ONG's, organizaciones sociales y profesionales, sindicatos, universidades, expertos, etc.

Además, respecto a su nombramiento, este debe realizarse a través de un proceso adecuado que sea transparente, abierto, de preferencia, por concurso público.

El Comité resalta también la importancia de asegurar la accesibilidad a esta institución a todos los niños, tanto geográfica y física, en conformidad al artículo 2 de la Convención, el cual consagra el principio de no discriminación, especialmente a aquellos más vulnerables y desfavorecidos, además de tener presente que este acceso debe ser en condiciones de confidencialidad.

También, como lo indica esta Observación, será necesario que la institución nacional de derechos humanos promueva el respeto por la opinión del niño en todos los asuntos que les afecten, en virtud de lo señalado en el artículo 12 de la Convención, por medio de programas de consultas especialmente adaptados y estrategias de comunicación.

Esta Observación contiene a su vez una lista, solo indicativa, de actividades que debiese realizar este órgano, destacando la realización de investigaciones e indagaciones ante la violación de los derechos del niño, preparar publicaciones donde informe de su labor realizada, promover la armonización de la legislación nacional con los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras.

En cuanto a la obligación de presentar informes periódicos por el Estado parte, las instituciones nacionales de derechos humanos contribuirán a la elaboración de estos informes, dando cuenta además de las principales actividades realizadas por ellas.

Estas instituciones también deberán cooperar con los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, en especial, por ejemplo, el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Para concluir, según lo establece el artículo 45 de la Convención, podrá el Estado contar con la asistencia técnica de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos para el establecimiento de una institución nacional de derechos humanos.

3.1.1.2. Observación General N° 5 del año 2003. “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”²⁵².

Esta Observación tiene por objeto describir la obligación de los Estados Parte de adoptar, lo que se ha llamado, “las medidas generales de aplicación”, consagrado en el artículo 4 de la Convención. Esto es efecto del examen periódico que realiza el Comité de los informes presentados por los Estados Partes, prestando especial atención a lo informado por éstos respecto de tales medidas, en virtud de las recomendaciones realizadas por el Comité, para lo cual los Estados cuentan con orientaciones generales para la presentación de estos informes.

Los Estados al ratificar la Convención, se obligan a tomar todas las medidas, administrativas, legislativas, o de otra índole, necesarias para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción.

²⁵² Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 5 (2003). Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). [En línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11> [Consulta: 23 octubre 2014].

Asimismo, los Estados deben, en virtud de lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Convención, asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, debiendo tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas tendientes a asegurar la protección y cuidados necesarios para el bienestar de los niños. Tales medidas deben tener como consideración primordial el interés superior del niño.

Estas medidas implican que la legislación interna sea compatible, con el objetivo de que los principios y disposiciones de la Convención sean aplicables directamente y susceptibles de ejecución coercitiva.

Esta acción debe traducirse en que los Estados realicen una revisión continua, tanto por organismos públicos, como instituciones independientes, de su legislación, relativa a los derechos de los niños y de aquellas que puedan contener disposiciones que los afecte, incluso de las directrices administrativas, con el fin de verificar si efectivamente la legislación refleja los principios generales establecidos en la Convención, para lo cual también se alienta a los Estados a promulgar y aplicar disposiciones jurídicas conducentes a la realización de los derechos del niño.

Asimismo, la revisión de las medidas legislativas debe responder a las recomendaciones realizadas en las Observaciones finales de los Informes presentados.

Además, debe existir la certeza de que las disposiciones de la Convención tengan efecto jurídico en el ordenamiento interno, sea por aplicación directa en el derecho interno o por el rango constitucional que se le asigne a la Convención.

También se indica la importancia que significa incluir en las Constituciones nacionales artículos relativos a los derechos del niño, lo cual subraya el hecho que, tanto

los niños y adultos son titulares de derechos humanos. Esta inclusión se contrapone con la opinión de algunos Estados al señalar que la inclusión en la Constitución de garantías para los derechos de “todos” es suficiente para garantizar el respeto de esos derechos respecto de los niños.

Esta Observación también hace referencia a la efectividad en la realización de estos derechos, estableciendo que se deben disponer de recursos efectivos que permitan invocarlos ante tribunales, de modo que se reparen posibles violaciones. Repara especialmente en la dificultad que significa para un niño de interponer un recurso, por lo cual los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de éstos.

Por tanto es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos.

Finalmente, en materia legislativa, se destaca que la incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño debe significar que sus disposiciones sean invocadas directamente ante tribunales y aplicadas por las autoridades, esto sumado a que las disposiciones de la Convención deben prevalecer en caso de conflicto con la legislación interna o práctica común del Estado Parte.

En cuanto a las medidas administrativas tendientes a la aplicación de la Convención, se destaca la importancia de la coordinación intersectorial de la administración, entre sus órganos, y entre éstos y la sociedad, que responda a una estrategia nacional o plan nacional de acción a favor de los niños, basada en la Convención y unificadora,

aprobada en un alto nivel de gobierno, que se vincule a la planificación nacional del desarrollo y sea incluida en los presupuestos nacionales

Junto con esta coordinación, debe existir una necesaria vigilancia, entre las instituciones y por organismos externos como las instituciones nacionales de derechos humanos, estableciendo la propia estrategia disposiciones para su supervisión y examen continuo, actualización y la realización de informes periódicos.

Esta estrategia nacional debe ser elaborada mediante un proceso de consulta (inclusiva de niños y jóvenes), concentrarse en determinar grupos de niños marginados y desfavorecidos y darles prioridad²⁵³, además debe describir un proceso sostenible destinado a dar efectividad a los derechos de los niños y recoger lo señalado por el Comité sobre los Derechos del Niño al examinar los informes periódicos, informando a su vez la acción realizada por la estrategia en estos informes.

También, en el ámbito de coordinación de los poderes públicos, se recomienda la existencia de, por ejemplo, comités interministeriales para la infancia, dependientes de una autoridad de alto nivel, con la finalidad de que se respeten los principios y normas de la Convención.

Resulta importante destacar que en este documento se hace referencia a la Observación General N°2 descrita en el punto anterior, en cuanto a que el establecimiento de instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño órganos debe entenderse como compromiso asumido por los Estados Partes al ratificar la Convención, garantizar su

²⁵³ Se menciona en relación a esto, el deber del Estado, en virtud el artículo 2 de la Convención, que todos los derechos en ella consagrados estén garantizados para todos los niños dentro de su jurisdicción.

aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño, reiterando que estos órganos complementan las estructuras estatales efectivas que se ocupan de la infancia, siendo su elemento esencial la independencia.

Para concluir, es importante señalar que el Comité en el párrafo 9 de esta Observación dispone que las medidas generales de aplicación identificadas por él y aquí descritas “tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados. Uno de los resultados satisfactorios de la adopción y de la ratificación casi universal de la Convención ha sido la creación, en el plano nacional, de toda una serie de nuevos órganos, estructuras y actividades orientados y adaptados a los niños: dependencias encargadas de los derechos del niño en el gobierno, ministros que se ocupan de los niños, comités interministeriales sobre los niños, comités parlamentarios, análisis de las repercusiones sobre los niños, presupuestos para los niños, informes sobre la situación de los derechos de los niños, coaliciones de organizaciones no gubernamentales (ONG) sobre los derechos de los niños, defensores de los niños, comisionados de derechos de los niños, etc.”

3.1.1.3. Observación General N° 9 del año 2006. “Los derechos de los niños con discapacidad”²⁵⁴.

Esta Observación²⁵⁵ señala que tiene por objeto ofrecer orientación y asistencia a los Estados Partes en sus esfuerzos por hacer efectivos los derechos de los niños con discapacidad, de una forma general que abarque todas las disposiciones de la Convención.

En su introducción menciona que cuando en noviembre de 1989 se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer tratado de derechos humanos que contenía una referencia específica a la discapacidad (artículos 2, sobre la no discriminación y artículo 23, dedicado exclusivamente a los derechos y necesidades y niños con discapacidad²⁵⁶).

El Comité, se señala, ha presentado gran interés en la materia producto de la información presentada por los Estados en los informes periódicos, en los cuales se muestran los diferentes problemas que existen en el trato de los niños con discapacidad. Entre las dificultades que han tenido estos niños, por ejemplo, está la grave exclusión en los procesos de adopción de decisiones, discriminación, pobreza como factor determinante, tanto para el origen de una discapacidad, como la causa de ésta, y en

²⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad. [En http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11] [Consulta: 23 octubre 2014].

²⁵⁵ Mencionada anteriormente en el Capítulo II a propósito de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁵⁶ Respecto a estas normas, el Comité es enfático en señalar que a pesar de reconocer su importancia, la aplicación de la Convención, respecto a los niños con discapacidad, no debe limitarse a estos artículos.

definitiva, dificultades que obstaculizan el pleno disfrute de los derechos establecidos en la Convención.

También establece, a modo preliminar, que ninguno de los Estados Parte han formulado reservas ni declaraciones a la norma que específicamente se refiere a las obligaciones de los Estados en cuanto a los niños con discapacidad (artículo 23).

En cuanto a las medidas generales de aplicación de la Convención, el Comité señala, en su párrafo 24, la importancia del establecimiento de un sistema encargado la supervisión, a cargo de un organismo independiente, refiriéndose nuevamente a las instituciones nacionales de derechos humanos, descritas en la Observación General N°2 y en los Principios de París, como directriz para su establecimiento.

Señala que, independiente de la forma adoptada por esta institución, Ombudsman o comisionado, y de las funciones que se le asignen, estas deben necesariamente ser: a) independientes y dotadas de recursos humanos y financieros suficientes; b) conocidas para los niños con discapacidad y las personas que se ocupan de ellos; c) accesibles no solamente en el sentido físico, sino también de una forma que permita que los niños con discapacidad envíen sus quejas o problemas con facilidad y confidencialmente; y d) deben tener la autoridad jurídica apropiada para recibir, investigar y ocuparse de las quejas de los niños con discapacidad de una forma receptiva tanto a la infancia como a sus discapacidades.

3.1.2. Informes que el Estado de Chile ha entregado periódicamente al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y Observaciones a estos informes²⁵⁷.

Como ya se señaló, los Estados tienen el deber de informar periódicamente²⁵⁸ sus avances y progresos en la implementación de la Convención en su país, los cuales por su parte son objeto de estudio por el Comité en un debate que finalmente termina con las Observaciones Finales que realiza este órgano respecto de los informes, las cuales deben difundirse en el país, sirviendo de base para que el Estado adopte mejores políticas y cumpla con la efectiva aplicación de la Convención.

El Estado de Chile, en virtud de esta obligación, a la fecha ha enviado cinco informes periódicos al Comité, los cuales han recibido las correspondientes observaciones del Comité.

A continuación, revisaremos cada uno de estos documentos, observando la evolución que nuestro país ha tenido en materia de aplicación de la Convención, en especial de adopción de medidas necesarias para dar efectividad a los derechos en ella reconocidos, y si realmente ha internalizado las observaciones que el Comité ha realizado, en las cuales se ha insistido en la necesidad de una institución independiente que desempeñe funciones especialmente en materia de protección y promoción de derechos de niñas,

²⁵⁷ UNICEF. Informes del Estado de Chile y Observaciones del Comité. [En línea] <<http://unicef.cl/web/informes-comite/>> [Consulta: 15 octubre 2014].

²⁵⁸ En virtud del artículo 44, número 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el primer informe se debe presentar en el plazo de dos años, constados desde la fecha en la Convención haya entrado en vigor en cada Estado Parte, y en los sucesivos, cada cinco años.

niños y adolescentes y velar por la aplicación de la Convención de los derechos del Niño en nuestro país.

3.1.2.1. Primer Informe y Observaciones.

En el primer informe periódico, presentado en 1993, se señala que se ha establecido a los menores como grupo prioritario en las políticas sociales y económicas de nuestro país, razón por la cual se ratificó inmediatamente la Convención sobre los Derechos del Niño.

También se refiere este Informe a diferentes circunstancias que definen el estado de la infancia, como el proceso de transición democrática, prácticas que han imposibilitado el avance en materia legislativa hacia una armonización con los principios establecidos en la Convención sobre Derechos del Niño, como la existencia en la Cámara Alta de senadores designados, y en especial, se refiere a la situación de niños que vieron vulnerados sus derechos en el contexto del gobierno militar, el cual a su término dio paso al primer gobierno democrático luego de 17 años.

Además, el Estado de Chile reconoce la situación de dispersión en la administración respecto de las instituciones responsables de los menores, las cuales dependen de diversos ministerios y no abarcan completamente el territorio nacional.

El informe abarcó diferentes temáticas divididas en las siguientes áreas: Derechos Humanos, Niños en conflicto con la Ley, Abuso sexual, Medidas Especiales de Protección, Trabajo Infantil, Salud y bienestar y Educación, respecto de las cuales nos referiremos, sólo a algunas de ellas, en cuanto se refieran a medidas de aplicación de la Convención sobre derechos del niño

En el Capítulo I da cuenta de las medidas generales de adopción de la Convención, en las cuales señala aquellas adoptadas para lograr la armonización entre la legislación y las disposiciones de la Convención, luego se refiere a los mecanismos existentes o previstos para coordinar las políticas referentes a los niños para vigilar la aplicación de la Convención, y finalmente menciona las medidas para darla a conocer.

Entre las medidas legislativas resultan importantes aquellas cuyo origen estuvo dado por las diferentes situaciones sufridas por los niños durante el gobierno militar, por lo cual se asumió el compromiso de establecer una serie de medidas para esclarecer la verdad y permitir la justicia, asistir y reparar a las víctimas, y restablecer un clima de reconciliación nacional, detalladas en el capítulo I, sección A, párrafos 20 a 23 del Informe, las cuales, a modo general, consistieron en la creación de diferentes organismos, por ejemplo, en el año 1990 de la Comisión de Verdad y Reconciliación para investigar las violaciones a los derechos humanos y proponer medidas de reparación a las víctimas y sus familias, y luego en 1992 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, destinada a la reparación y asistencia a víctimas de violaciones de derechos humanos y a familiares de éstos.

En materia de filiación destacan la promulgación de la Ley 19.089 de 1991, que modificó el Código Civil en materia de reconocimiento de hijos naturales; de legitimación de menores por matrimonio posterior de los padres, simplificando los procedimientos necesarios para tales efectos; y otras materias relacionadas con el mejoramiento de la situación legal de los menores.

También en esta arista, resalta la existencia de un proyecto de ley que busca terminar con las desigualdades entre los hijos en razón de su filiación. Esto debido a que en Chile se mantenían normas que establecían las figuras de hijos legítimos, naturales e ilegítimos, afectando al niño desde su nacimiento referidas a la discriminación por filiación.

Asimismo resulta interesante la existencia de un proyecto de Ley que establecía el reconocimiento de paternidad forzada mediante examen médico de ADN para aquellos padres que se niegan a reconocer a sus hijos.

En cuanto a la adopción, se informa, como medida que favorece la protección de los derechos de menores, la existencia de Auto acordado de la Corte de Apelaciones de Santiago, que regula la adopción internacional, estableciendo un procedimiento que privilegia la adopción por chilenos, minimizando las posibilidades de tráfico de niños.

Destaca en esta materia el proyecto de ley que modifica la Ley de adopción vigente en ese momento, adaptándola a los criterios establecidos en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵⁹.

²⁵⁹ En el artículo 21 de la Convención describe la obligación de los Estados Partes que reconocen y/o permiten la adopción, de cuidar que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que se

Respecto a la justicia de menores, se menciona la promulgación en 1991 de la Ley 19.043, que introduce modificaciones a la Ley sobre abuso de publicidad, protegiendo a los menores de 18 años, inculpados o víctimas de delitos, en cuanto a la divulgación de su identidad y a cualquier otra forma que conduzca a ella.

Destaca, en materia de protección de estos menores, el proyecto de ley que aumenta la penalidad a los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos.

En cuanto a los mecanismos existentes para coordinar las políticas referentes a los niños, señala como avance la elaboración el año 1992²⁶⁰ por el Gobierno de un Plan Nacional de Acción en favor de la Infancia, el cual sería ejecutado por el Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN), tanto a nivel nacional como regional. Un año después, la tarea principal fue descentralizar el Plan, a través de la elaboración y posterior aplicación de planes regionales, adaptando a la realidad de cada zona las metas y líneas de acción definidas a nivel nacional.

En este Plan se incluyó, en el ámbito educacional o relacionado con ella, el desarrollo infantil y educación inicial; la educación básica; los problemas derivados del consumo de alcohol, drogas y tabaco; los menores con discapacidad; los problemas ambientales de Chile y su relación con la infancia y la salud.

reúnan todas las garantías necesarias para que la adopción sea admisible y que las instituciones pertinentes actúen en conformidad a esta orientación.

²⁶⁰ Debido al compromiso asumido por el Presidente de la República en la Cumbre, celebrada en septiembre de 1990 en Nueva York.

Se destaca, asimismo, la creación del Instituto Nacional de la Juventud, Servicio Público dependiente de MIDEPLAN, destinado a diseñar, planificar y coordinar políticas del Estado en beneficio de los jóvenes.

En materia institucional, se mencionan diferentes leyes promulgadas y proyectos de ley que buscaban, ya en esa época, reestructurar el Servicio Nacional de Menores, por ejemplo el proyecto que buscaba crear una nueva estructura orgánica y funcional de dicho servicio, otorgaba mayores facultades operativas y de administración de recursos y establecía una nueva planta nacional y regional de personal.

Finalmente, en cuanto a las medidas para dar a conocer la Convención sobre derechos del Niño, se refiere principalmente a la difusión del Plan Nacional de Acción a favor de la infancia, respecto de la cual se adoptarán diferentes estrategias de publicidad.

Se mencionan deferentes actividades realizadas en el país, realizadas por organismos públicos, SENAME, Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS), las cuales contaron con el apoyo de instituciones como UNICEF, no gubernamentales como el Grupo de Apoyo a la Convención sobre los Derechos del Niño (GAN), la cual también participó en la elaboración de este Informe.

El Comité en sus 146^a a 148^a sesiones, celebradas los días 14 y 15 de abril de 1994, aprobó las observaciones finales a este Primer Informe, destacando las medidas adoptadas para promover y proteger los derechos del Niño, conforme a las disposiciones de la Convención, como también las prioridades fijadas ante los problemas que enfrentaba el país en diferentes materias (salud, educación, entre otros).

Resulta importante señalar que el Comité se refiere a las cifras, en materia demográfica, presentadas en el Informe, respecto a la pobreza que afecta a millones de niños, incluso un porcentaje alto de niveles de indigencia. Respecto a ello, señala que los esfuerzos no han sido suficientes, por lo cual el proceso de descentralización, al cual se hace referencia en el informe, pudiese conducir a una disminución en la calidad y acceso a servicios sanitarios, de la educación, en particular a este grupo más vulnerable.

Respecto de los avances y obstáculos que se informan, el Comité establece diferentes recomendaciones.

En materia legislativa, sugiere que se realicen esfuerzos tendientes a la armonizar la legislación vigente con las disposiciones de la Convención, buscando garantizar que los mejores intereses del niño sean los que guíen las medidas que afecten a los niños, incluidas las adoptadas por el Parlamento.

Sobre la justicia de menores, se refiere a la necesidad de un sistema jurídico de administración de justicia de menores, coherente con la Convención y normas como las Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. También, respecto a este sistema de justicia especializado, el Comité hace notar la importancia de establecer una edad mínima de responsabilidad penal, en especial, que atienda a los mejores intereses del niño.

En cuanto a la Institucionalidad, el párrafo 15 de las Observaciones realizadas por el Comité, este señala que recomienda que se establezca un mecanismo nacional general

con el mandato de garantizar la supervisión y evaluación constantes en todo el país de la aplicación de la Convención, lo que reviste especial importancia en el contexto de la ejecución por el gobierno del programa de descentralización.

Finalmente, en materia de difusión de la Convención, se sugiere la amplia publicidad de las disposiciones de la Convención, al público general, y en especial a profesores, trabajadores sociales, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, magistrados, y otros profesionales que se ocupen de la aplicación de la Convención.

3.1.2.2. Segundo Informe y Observaciones.

En este informe se da cuenta de las medidas de carácter legislativo, administrativo y programático que el Estado ha desarrollado para dar cumplimiento a los derechos reconocidos en la Convención entre 1993 y octubre de 1998.

Sobre las medidas generales de aplicación²⁶¹, se informa en materia legislativa la promulgación de diversas leyes, cuyos proyectos se enunciaron en el primer informe, entre las cuales destacan aquellas señaladas en materia de filiación.

²⁶¹ Respecto de la información que debe brindar cada Estado en esta materia, el Comité sobre los Derechos del Niño aprobó, en su 343ª sesión, celebrada el 11 de octubre de 1996, orientaciones generales respecto de la forma y contenido de los informes que se han de presentar, con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

También resulta importante señalar aquellas que dirigidas a eliminar la discriminación de grupos específicos, ley indígena y ley de integración social de las personas con discapacidad.

En cuanto a justicia de menores se señalan la Ley sobre erradicación de menores de establecimientos penitenciarios y Decreto del Ministerio de Justicia que aprueba el reglamento sobre las casas de menores e instituciones asistenciales, en el cual, según se señala, es “resolución del actual Gobierno adecuar la legislación a los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, de forma que estas instancias respeten adecuadamente los derechos de los niños y jóvenes a los cuales asisten”.

Respecto a un nuevo código aprobado, se indica que a la fecha no se ha dictado un código en materia de menores que recoja la normativa establecida en la Convención, pero que sí se ha avanzado en la adecuación del ordenamiento jurídico a la Convención, en virtud de las diferentes leyes promulgadas ya indicadas.

Se señala al respecto, que constituye una prioridad para el Ministerio de Justicia la adecuación normativa, incluso con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, estableciendo que esto será considerado dentro de la política de modernización del sector Justicia para el sexenio 1994-2000.

En cuanto a proyectos de ley, se señalan diferentes reformas, como a la legislación de menores, tribunales de familia, adopción, entre otros.

Respecto a las medidas tomadas o por tomar para generar una estrategia nacional general en favor de los niños en el marco de la Convención, se informa sobre los avances en materia administrativa y programática, destacan los avances logrados por el

Plan Nacional de la Infancia, al cual se le ha realizado un seguimiento, concretándose la elaboración de los Planes Regionales de la Infancia y Adolescencia en las 13 regiones del país²⁶², en el marco del compromiso de descentralización del Plan.

Resulta interesante, en cuanto a medidas tomadas para garantizar una coordinación eficaz de las actividades de las autoridades, la creación de la Red de Municipios Defensores de la Niñez, instancia que reúne y coordina a los municipios que realizan acciones en favor de los niños y niñas en sus respectivas comunas.

Se menciona también el proceso de reforma en la educación, que en ese momento buscó mejorar la calidad de la educación, interviniendo en las formas de enseñar y aprender, en el tiempo de aprendizaje, en los contenidos de la educación, entre otros.

Respecto a la difusión de las disposiciones de la Convención, se alude nuevamente a la elaboración de los Planes Regionales de Infancia y Adolescencia, los cuales han convocado la participación amplia de representantes del sector público y de la sociedad civil.

Finalmente, en virtud de las orientaciones establecidas por el Comité, cuando se solicita al Estado informar sobre cualquier órgano independiente establecido para promover y proteger los derechos del niño (Ombudsman), se informa que no existe en nuestro país ninguna institución como la señalada.

El Comité examinó en sus sesiones 763^a y 764^a, celebradas el 23 de enero de 2002 y en su sesión 777^a, celebrada el 1º de febrero de 2002, aprobando las observaciones finales correspondientes y acogiendo el Informe presentado.

²⁶² Desde el año 2007 existen 15 regiones en nuestro país.

Se destacan los aspectos positivos, en materia de promulgación de leyes, programas institucionales²⁶³, y autorización para la ratificación de los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, y la participación de niños en los conflictos armados.

Nuevamente el Comité reconoce las diferentes dificultades que debe enfrentar el Estado de Chile, en especial las cifras de pobreza que afectan a niños, lo cual deviene en una actitud más bien paternalista hacia ellos, lo cual puede afectar el enfoque basado en los derechos que consagra la Convención.

En cuanto a las medidas generales de aplicación de la Convención el Comité presenta su preocupación en diferentes aspectos y realiza diferentes recomendaciones.

Respecto a la legislación, la vigencia de la Ley de Menores de 1967 inquieta al Comité, puesto que ésta tiene como fundamento el concepto de “situación irregular”²⁶⁴, sin distinguir entre los niños que necesitan atención y protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley. Agrega, que si bien existen dos proyectos de ley que buscan salvaguardar esta situación, estos no han sido presentados al parlamento.

Por tanto, solicita que, en primer lugar se enmiende esta Ley, y luego, ésta sea aplicada de conformidad a la Convención.

²⁶³ En especial de la Plan de Acción Integrado para 2001-2010.

²⁶⁴ La doctrina de la situación irregular se refiere principalmente a la distinción de dos tipos de infancia, dirigiéndose a uno de esos grupos, los menores en situación irregular, en el cual se encuentran los niños carentes, abandonados, inadaptados e infractores, a los cuales busca garantizar la protección, vigilancia y represión.

En materia institucional, el Comité recomienda reforzar la coordinación entre los diversos organismos y mecanismos gubernamentales que se ocupan de los derechos del niño en los planos nacional y local, junto con las organizaciones no gubernamentales y otros sectores de la sociedad civil.

También indica respecto a la Política Nacional en favor de la Niñez y la Adolescencia y el Plan de Acción Integrado para 2001-2010, velar por su difusión y aplicación, en especial a nivel local. Además, recomienda incorporar a estos programas institucionales lo indicado por estas Observaciones.

Finalmente, en cuanto a medidas de aplicación de la Convención, el Comité alienta al Estado al establecimiento de una institución nacional de promoción y protección de los derechos humanos, de conformidad con los Principios de París relativo al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, dotado de un mecanismo independiente y eficaz, dotado de recursos humanos y financieros suficientes y al que puedan acceder fácilmente los niños para que, según lo indica el párrafo 13: a) vigile la aplicación de la Convención; b) resuelva de forma expedita y respetuosa para el niño las denuncias presentadas, y c) establezca recursos para hacer frente a las violaciones de los derechos que les correspondan en virtud de la Convención.

Cabe mencionar que en estas Observaciones, el Comité recomienda en reiteradas ocasiones la posibilidad de solicitar asistencia a diferentes organismos internacionales, tales como, UNICEF, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y UNESCO, con el fin de realizar de mejor manera diferentes reformas.

3.1.2.2. Tercer Informe y Observaciones.

Este Informe comienza señalando que en el período entre los años 1998-2004, sobre el cual se da cuenta, se han logrado grandes avances en el cumplimiento de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, haciendo especial mención a la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001-2010, cuyo propósito, según se indica, es la aplicación de la Convención a través del compromiso del Gobierno y de los diversos sectores del Estado. Asimismo, se refiere a la instauración de un sistema de gestión para la Política Nacional y el Plan de Acción, a través de la constitución del Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia²⁶⁵, y de las instancias asesoras: Secretaría Ejecutiva, Comité Técnico Intersectorial y Consejo Consultivo de la Sociedad Civil, coordinados por el Ministerio de Planificación y Cooperación, los cuales, se señala, son una señal clara de la importancia de los derechos del niño en la agenda pública del Gobierno.

En materia legislativa, si bien se hace un buen balance de las normas promulgadas, también se señala que aún existe un retraso importante en la aprobación de diferentes proyectos de ley.

También se mencionan los esfuerzos realizados en materia de educación y salud pública, con el objetivo de disminuir la vulnerabilidad y brechas sociales.

²⁶⁵ Creado por el Decreto 114, de fecha 8 de abril de 2002, con el objetivo de asesorar al Presidente de la República en el diseño, definición, coordinación y coherencia de las políticas hacia la Infancia y la Adolescencia. Este Decreto fue derogado por el Decreto 21, del año 2014, que creó el Consejo Nacional de la Infancia.

Respecto a las medidas generales de aplicación, se hace referencia a las recomendaciones efectuadas a las Observaciones Finales al segundo Informe presentado por Chile.

Es así, como comienza refiriéndose a la actualización de la Ley de Menores, mencionando que desde el año 2000 se ha impulsado a través del Ministerio de Justicia y de SENAME una reforma al sistema de justicia y protección de los derechos de los niños y niñas en Chile, la cual contempla un conjunto de iniciativas legislativas, administrativas e institucionales a fin de adecuar el actual sistema de protección a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

A continuación se mencionan los avances legislativos entre los años 1998 y 2003, destacando entre ellos la presentación del proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal y la aprobación de diferentes normas, entre las que se pueden mencionar, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, Ley 20.032 que establece un nuevo sistema de atención a la niñez y adolescencia de la red SENAME y su régimen de subvenciones, y la Ley 19.806, que introduce normas que buscan adecuar a la reforma procesal penal y modifica, entre otros cuerpos legales, la Ley de Menores. Dichas modificaciones, según se indica, han consagrado una incipiente separación de vías entre los procedimientos y respuestas aplicables a los niños y niñas a quienes se imputa haber cometido un delito, de aquellas aplicables a los niños y niñas amenazados o vulnerados en sus derechos.

Se concluye, respecto al ámbito legislativo, que se encuentran pendientes importantes reformas legislativas, lo cual constituye un obstáculo al cumplimiento de los derechos de los niños y niñas en Chile, destacando la tramitación del proyecto de ley que establece un sistema de protección de derechos para los niños y niñas de nuestro país, con lo cual finalizará la vigencia de la actual Ley de Menores.

En materia institucional, en este Informe se responde a la preocupación por parte del Comité en materia de coordinación intersectorial, a nivel local y con la sociedad, ante lo cual se reitera la función de la Política Nacional, el Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia 2001-2010, y el Consejo de Ministros para la Infancia y Adolescencia, los cuales, se indica, son instrumentos que fomentan la integralidad e intersectorialidad de la acción pública.

En cuanto a la gestión para la ejecución de la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, este implica el funcionamiento permanente de un Comité Técnico Intersectorial para la Infancia y la Adolescencia a nivel central.

Además, se indica la función realizadas por las Oficinas de Protección de Derechos de la infancia (OPD), a cargo de SENAME, las cuales funcionan como instancias administrativas de carácter ambulatorio, instaladas a nivel local, cuyo objetivo principal, como se señala, es la protección integral de los derechos de niños y niñas que se encuentren en situaciones de vulneración de derechos o de exclusión social. Además realizan acciones a nivel comunitario, encaminadas a generar una cultura de respeto

hacia los derechos de la infancia, y a generar en el ámbito comunal un sistema administrativo integral para la protección de derechos.

Para concluir, señala el informe, que el énfasis en el trabajo de las OPD está puesto en constituirse en un recurso de fácil acceso y oportuno en la detección e interrupción de vulneraciones, evitando la innecesaria judicialización e institucionalización de los problemas de la infancia.

Finalmente, en este Informe se responde al Comité respecto de su preocupación respecto a la ausencia de un mecanismo nacional general con el mandato de llevar a cabo una supervisión y una evaluación constantes en todo el país de la aplicación de la Convención, ante lo cual se señala que el Estado, a través del Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia, se cumple esta función, pues, según se señala, éste tiene el deber de realizar una cuenta pública anual sobre los avances en el ámbito de la protección y cumplimiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia, además de realizar un seguimiento al Plan de Acción Integral para la Infancia y la Adolescencia.

El año 2007 el Comité examinó en sus sesiones 1218a y 1219a, celebradas el 26 de enero de 2007 y el 2 de febrero de 2007, respectivamente, el tercer informe periódico presentado por Chile, comenzando con los logros obtenidos por el Estado.

En materia legislativa, en el ámbito de educación, la reforma constitucional de 2003²⁶⁶; en salud, establecimiento del Plan de Acceso Universal y Garantías Explícitas

²⁶⁶ Ley 19.876, Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media, publicada 22/05/2003. Se establece que se prolonga la enseñanza obligatoria a un mínimo 12 años, instituyendo que tanto la educación básica como media son obligatorias, debiendo ser financiado por el Estado, creando un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso a toda la población.

en Salud (Plan AUGE); en materia institucional, con el establecimiento de Tribunales de Familia, Oficinas de protección de derechos de la infancia (OPD) y la reorganización del Servicio Nacional de Menores (SENAME).

También destaca la suscripción de instrumentos de derechos humanos entre los años 2002 y 2005, entre los cuales destacan: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, suscripción de dos protocolos facultativos de la Convención de los Derechos del Niño (participación de niños en conflictos armados y venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía).

A continuación, el Comité señala las falencias que observa en cuanto al incumplimiento o cumplimiento parcial de las recomendaciones realizadas anteriormente.

Destaca especialmente la falta de una legislación que otorgue protección integral a niños, niñas y adolescentes y que distinga entre los que han entrado en conflicto con la ley y aquellos que necesitan protección, lo que demuestra que aún nuestra legislación habla de “menores en situación irregular”, también señala su preocupación en cuanto a la reforma, que aún no se concreta, de la Ley de Menores.

Asimismo señala que en materia legislativa existe un vacío respecto de la protección de niños y niñas víctimas de maltrato, explotación u otros delitos, de acuerdo a las

Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos relativos a los niños y niñas víctimas y testigos de delitos²⁶⁷.

En materia institucional, si bien existe el Consejo de Ministros para la Infancia y Adolescencia, señala que su establecimiento carece de un marco institucional estable y recursos, tanto financieros como humanos, que sean suficientes para realizar una coordinación eficaz y completa de la realización de derechos de niños y niñas.

En cuanto a la Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001-2010, el Comité alienta a seguir difundiéndolos y a realizar procesos de consulta con la sociedad civil, con el fin de mejorar su aplicación.

Lamenta, de todas formas, que el Estado no haya proporcionado información sobre la evaluación de los resultados obtenidos en la ejecución del Plan.

El Comité vuelve a reiterar la carencia de una institución nacional independiente que proporcione un mecanismo de denuncia y reparación que alcance a las zonas más vulnerables del país.

Es así como reitera en su párrafo 15 la recomendación de que el Estado Parte establezca una institución de derechos humanos nacional e independiente y que, a la luz de su Observación General N° 2, extienda su presencia a todo el territorio nacional, en particular a las zonas más vulnerables, a fin de garantizar que todos los niños puedan

²⁶⁷ Adoptadas por el Consejo Económico y Social en su 36ª sesión plenaria por resolución E/2005/INF/2/Add. I de fecha 22 de julio de 2005, buscan ser un marco útil que podría ayudar a los Estados Miembros a mejorar la protección de que gozan los niños que son víctimas de delitos o testigos de delitos en el sistema de justicia penal.

acceder fácilmente a ese mecanismo de denuncia independiente en caso de que se vulneren sus derechos; el Comité recomienda asimismo que se dote a esa institución de personal adecuadamente formado, capaz de atender dichas denuncias teniendo en cuenta la sensibilidad del Niño.

Finalmente el Comité hace referencia a derechos específicos que aún se ven vulnerados, por ejemplo, la integridad personal (en primer lugar la protección de ante toda forma de violencia, también en materia de investigación de delitos en que hayan sido víctima un niño, reparación integral, recuperación física y psicológica, y finalmente, su reintegración social), derecho a la salud básica (en cuanto a la accesibilidad a los servicios). También puso énfasis a la discriminación, recomendando legislar y adoptar una estrategia proactiva e integral que busque terminar con toda forma de discriminación, especialmente sobre lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el cual prohíbe la discriminación entre los niños y niñas basada en cualquier condición de estos o estas. Señala además el Comité, que las acciones sindicadas deben ir acompañadas de la difusión de la Convención y capacitación de los funcionarios públicos que deben tener contacto con los niños y niñas, además de involucrar a la sociedad civil en el diseño de las políticas públicas en su beneficio.

Relacionado al tema de la discriminación, también se destaca la desigualdad entre diferentes grupos sociales y los niños y niñas afectados por la pobreza extrema, a lo cual se suma la situación de niños que viven en la calle; tales situaciones merman las

posibilidades que efectivamente se haga real enmiendas como la reforma que establece los 12 años de enseñanza obligatoria.

Otro aspecto interesante, es que el Comité observa que aún no se ha producido el cambio cultural que significa cambiar la concepción del niño como un objeto de protección hacia el niño como sujeto de derechos, señalando al respecto que resulta indispensable educar a la sociedad, especialmente sobre el principio del respeto a la opinión del niño y a su participación en los asuntos que les afecten.

3.1.2.4. Cuarto y Quinto Informes²⁶⁸.

Ambos informes fueron presentados de manera conjunta, en el año 2012, informándose en ellos respecto a la legislación, avances y medidas concretas adoptadas por el Estado durante el período 2007-2012, con el fin, según se indica, de garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos, y también en concordancia con las Observaciones Generales del Comité.

²⁶⁸ El Comité si bien remitió las Observaciones finales a los tres primeros informes en 1994, 2002 y 2007, respectivamente, aún no ha hecho lo propio con los informes cuarto y quinto. Cit. UNICEF. Informes del Estado de Chile y Observaciones del Comité. [en línea] <<http://unicef.cl/web/informes-comite/>> [Consulta: 15 octubre 2014].

Se comienza señalando, dentro de las medidas generales de aplicación, diferentes normas que corresponden a medidas legislativas de armonización promulgadas en el período que se informa.

En materia de educación destaca la Ley 20.162, promulgada el 2007, que a través de una reforma constitucional estableció la obligatoriedad de la Educación Parvularia en su segundo nivel de transición. Estableciendo que será el Estado el encargado de dar acceso gratuito y financiamiento fiscal para el segundo nivel de transición (Kínder), sin que éste constituya requisito para el ingreso a la Educación Básica. Esta iniciativa fue complementada con la Ley 20.248, promulgada un año después, que estableció una subvención escolar preferencial destinada al mejoramiento de la calidad de la educación de los establecimientos educacionales subvencionados, que se impetrará por los alumnos prioritarios que estén cursando primer o segundo nivel de transición de la Educación Parvularia, Educación Básica y Media.

Destaca también, con efectos en la institucionalidad, la promulgación, el año 2009, de la Ley 20.379 que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e institucionaliza el Subsistema de Protección Integral de la Infancia Chile Crece Contigo. Se señala que el Sistema Intersectorial es un modelo de gestión pública constituido por las acciones y prestaciones sociales ejecutadas y coordinadas por distintos organismos del Estado, para ayudar a la población más vulnerable del país, mientras que el Subsistema Chile Crece Contigo acompaña el proceso de desarrollo de los niños desde su gestación. El Sistema está compuesto por distintos subsistemas y el Ministerio de

Desarrollo Social (ex Ministerio de Planificación²⁶⁹) tiene a su cargo la administración, coordinación, supervisión y evaluación de su implementación.

En sede de protección de derechos, se informa respecto a la promulgación de la Ley 20.430, la cual busca otorgar protección a los refugiados, incluyendo disposiciones relativas a niños, niñas y adolescentes. Destacan en esta ley sus normas que buscan mantener la unidad de las familias y asegurar el gozo de los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución, leyes y reglamentos.

Finalmente, en materia normativa, se menciona el ingreso el año 2012 del proyecto de ley que busca reformular el Servicio Nacional de Menores y crear el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente, separando ambas funciones. Señala además, que esto busca estar en concordancia con la Recomendación N° 8 del Comité respecto a la necesidad de hacer una distinción clara en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley.

Es importante señalar, que el año 2012 el Estado firmó, aunque a la fecha aún no lo ha ratificado, el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que crea un procedimiento de comunicación para que niños y adolescentes (o sus representantes) denuncien la vulneración de sus derechos y presenten una queja ante el Comité.

²⁶⁹ El año 2011 en virtud de la Ley 20.530 el Ministerio de Planificación pasó a ser Ministerio de Desarrollo Social.

En cuanto a la estrategia nacional de infancia se mencionan los componentes de sistema intersectorial de protección social, entre los que se encuentran la Política Nacional, Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y Adolescencia, Consejo Asesor Presidencial para la reforma de las políticas de la infancia, y el recién creado programa Chile Crece Contigo.

Respecto a coordinación y presupuesto gubernamental para la aplicación de la Convención, se realiza una declaración importante, se señala que “en materia de protección especial, SENAME es el organismo público encargado del diseño e implementación de la política especializada en materia de restitución de derechos y en materia de responsabilidad y reinserción social de los adolescentes infractores de ley.”

Además se informa que esta institución ha participado en diferentes instancias de cooperación internacional²⁷⁰ y bilateral²⁷¹.

Se menciona también el SENAME en el Informe, al comentar los mecanismos de difusión y promoción de la Convención y sus protocolos facultativos, ha realizado esta función, por medio de programas de capacitación, seminarios y diferentes cursos dirigidos a diferentes instituciones, además de las funciones realizadas por las Oficinas de Protección (OPD), las cuales también difunden y promocionan los derechos de niños y niñas entre los usuarios y Proyectos de Prevención Comunitaria, a través de la

²⁷⁰ Por ejemplo, en temas de participación y explotación sexual comercial con el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), en temas de cuidado residencial y familias de acogida con UNICEF.

²⁷¹ Entre los que se menciona, destaca en materia de adopción, la cooperación bilateral con Haití y Guatemala, en el proceso de implementación de la nueva legislación.

formación de promotores de derechos, capacitación a actores locales, y sensibilización, entre otras iniciativas.

Asimismo el SENAME, por medio de su Comité Consultivo se ha encargado de crear una instancia de participación y diálogo entre el Servicio y los organismos colaboradores acreditados de la sociedad civil. Además, se informa respecto de la creación de tres comisiones correspondientes a las tres líneas de atención de SENAME (Protección, Adopción y Justicia Juvenil), en las que participan todas las Instituciones Colaboradoras que administran proyectos en distintas regiones del país, o que se encuentran acreditadas ante el Servicio, en conformidad a la ley, para desarrollar Programas de Adopción.

Finalmente, resulta interesante como el Estado informa respecto de una institución nacional de derechos humanos, la creación en el año 2009 del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en virtud de la Ley 20.405, como una corporación autónoma de derecho público destinada a promover y proteger los derechos humanos de todos los chilenos y chilenas establecidos en las normas constitucionales y legales; tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional.

Se indica que en virtud de la Ley 20.405 que las funciones del INDH son: “elaborar un informe anual sobre sus actividades, la situación nacional de derechos humanos y hacer recomendaciones para su debido resguardo y respeto. Dicho informe debe ser

presentado al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema. Adicionalmente lo puede enviar a la ONU, la OEA y organismos de defensa de derechos humanos; comunicar al Gobierno y a distintos órganos del Estado su opinión sobre situaciones relativas a derechos humanos que ocurran en nuestro país, para ello puede solicitar informes al organismo pertinente; proponer a los órganos del Estado medidas para favorecer la promoción y protección de los derechos humanos; promover que la legislación nacional sobre el tema esté en armonía con los tratados internacionales suscritos por nuestro país, para así darles una aplicación efectiva; iniciar (en el ámbito de su competencia) acciones legales ante los Tribunales de Justicia, que pueden ser querrelas por crímenes tales como de lesa humanidad, tortura, desaparición de personas, etc., y presentar recursos de protección o amparo; custodiar los antecedentes reunidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig), la Comisión de Prisión Política y Tortura (Comisión Valech), la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el Programa de Derechos Humanos y los que reúna la nueva Comisión Valech, formada en 2010 bajo la Ley 20.405; colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados en la elaboración de informes sobre el tema que deba presentar ante la ONU o la OEA; cooperar con la ONU y otras instituciones relacionadas regionales o de otros países, en la promoción y protección de los derechos humanos; y difundir el conocimiento de los derechos humanos, favorecer su enseñanza en todos los niveles educacionales incluida la formación impartida en las Fuerzas Armadas, realizar investigaciones, hacer

publicaciones, otorgar premios y propender a fomentar una cultura de respeto de los derechos humanos en el país.”

Lamentablemente, el Comité sobre los Derechos del Niño no ha remitido las Observaciones correspondientes a estos informes, pues sería especialmente importante saber su opinión respecto al INDH como institución nacional de derechos humanos, en especial a la luz de los Principios de París.

3.2. INICIATIVAS LEGALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN DEFENSOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Como observamos en el título anterior, pese a las reformas que ha emprendido nuestro país en materia de infancia, aún sigue siendo reiterativa la ausencia de una institución nacional e independiente, cuyas funciones obedezcan a las necesidades de niños, niñas y adolescentes, en virtud de los cual ellos encuentren en un solo órgano un ente que exclusivamente esté abocado a proteger y promover sus derechos, velando además por la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el país.

Si bien, como se ha observado, esta institución no existe en nuestro país, sí han existido diferentes iniciativas que han instado al establecimiento de este tipo de institución, según veremos a continuación.

3.2.1. Boletín 3500-07. Proyecto de Reforma Constitucional: Crea Defensoría de la Infancia.

Presentado el año 2004, este Proyecto de Ley repara en la insuficiencia del Servicio Nacional de Menores para abordar todas las temáticas de protección de la infancia que impone al Estado la Convención sobre los Derechos del Niño y su normativa complementaria (como los protocolos facultativos suscritos por nuestro país), señalando que este órgano carece de las facultades institucionales para fiscalizar adecuadamente el correcto cumplimiento de las funciones realizadas por instituciones privadas coadyuvantes de su función; asimismo, no posee la independencia necesaria para denunciar infracciones a la Convención y a otras leyes tendientes a la protección de los niños, niñas y adolescentes, cometidas por órganos de la administración, además; no está dotado de las competencias ni de la capacidad técnico científica para evaluar de manera integral todos los planes y políticas públicas que se desarrollan aportando con una voz crítica sobre la forma en que tales políticas y planes impactan sobre la infancia y la juventud chilena.²⁷²

Señala a continuación, que independiente que el Estado y sus poderes ejecutivo y legislativo hayan realizado diversos esfuerzos, logrando grandes avances en materia de protección de la infancia, se debe ir más allá en este aspecto, innovando en materia

²⁷² Boletín 3500-07. Proyecto de Reforma Constitucional: Crea Defensoría de la Infancia. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3825&prmBL=3500-07> [consulta: 03 julio 2014].

institucional, proponiendo la creación de un organismo dotado de autonomía e independencia, consagrado constitucionalmente, con facultades legales para representar ante todas las magistraturas públicas, con carácter vinculante, todas aquellas acciones o prácticas del sector público y privado que atenten contra los derechos de la infancia, velando porque el interés superior de los niños sea verdaderamente considerado y respetado. En este sentido, trasciende de su actuación en materia administrativa, pudiendo ejercer acciones judiciales, interviniendo en procesos judiciales, cualquiera sea la materia (penal o civil) en que se presenten violaciones a los derechos de la infancia y adolescencia.

El Proyecto menciona que basa su propuesta en la figura del Ombudsman de los países escandinavos, pero como una figura bifronte, esto es, que sea capaz de actuar como una defensoría en el ámbito jurisdiccional (la cual, se indica, actualmente se realiza por el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública) toda vez que se vulneren los derechos protegidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas, tanto internacionales como nacionales. En virtud de esto, podría hacerse parte en los procesos, como querellante particular o Defensor, cumpliendo así el Estado la función de asegurar la tutela jurisdiccional de los derechos de los niños y su acceso a un proceso que se verifique con estricto cumplimiento a todas las normas y principios que conforman la institución del debido proceso.

En virtud de lo señalado, proponen esta reforma constitucional agregando el capítulo IX A nuevo a la Constitución, que crea la institución del Defensor de la infancia, estableciendo en tres artículos sus características, consagración por medio de una ley

orgánica de sus atribuciones y organización, y mecanismo de nombramiento por el Presidente de la República, con acuerdo de la Cámara de Diputados, requisitos para detentar el cargo y duración en sus funciones.

Según este Proyecto, quedaría establecido constitucionalmente el Defensor de la Infancia como un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, el cual debe velar por el pleno y estricto cumplimiento de la Convención Internacional de los derechos del niño, y los demás tratados internacionales suscritos por Chile en beneficio de la infancia y adolescencia, además de las normas constitucionales, legales y reglamentarias establecidas a su favor; y por la defensa y protección de los intereses de dichas personas ante actos u omisiones de los órganos de las administraciones públicas y de todo otro organismo o persona natural o jurídica de carácter privado, que amenacen, perturben, restrinjan o vulneren los derechos y garantías de los mismos.

El párrafo siguiente establece las facultades que tendrá para el cumplimiento de sus funciones, pudiendo inspeccionar la actividad de los órganos de la Administración del Estado, formular sugerencias, recomendaciones, reparos y evacuar informes, de carácter vinculante, destinados a la adopción de medidas que corrijan o eviten las acciones u omisiones que afecten los derechos establecidos a favor de la infancia. Respecto de los privados, el Defensor podrá requerir por medio de resolución fundada el auxilio de la fuerza pública o de cualquier organismo público para representar, prevenir y detener la vulneración, restricción, amenaza o perturbación flagrante de los derechos de los niños, pudiendo, incluso, disponer de medidas preventivas en relación al infante, con el fin de

que sea la justicia quien decida sobre su vida futura conforme a la ley. Tratándose de la vulneración de derechos que sea constitutiva de delito, el Defensor deberá activar las acciones ante el Ministerio Público y tendrá la calidad de parte en los procesos a que haya lugar por el sólo ministerio de la ley.

En virtud de la característica bifronte que se le deseaba entregar a esta institución, se establece que el Defensor de la Infancia podrá ejercer las acciones judiciales a que haya lugar debiendo velar siempre por el interés superior del niño.

Finalmente, este Proyecto de Ley no prospera, siendo archivado el 9 de junio de 2009 por haber permanecido más de dos años en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sin haber sido discutido.

3.2.2. Boletín 8489-07. Reforma Constitucional: Crea Defensoría de la Infancia.²⁷³

Este Proyecto, presentado el año 2012, es reiterativo en cuanto a señalar las falencias del Servicio Nacional de Menores señalados en el Proyecto anterior, presentado el año 2004. De la misma forma, repite el modelo a seguir en materia de Defensor (países escandinavos) y en cuanto a las funciones que debe desempeñar este Defensor para la Infancia.

En definitiva, el grupo de diputados que promueve este proyecto vuelve a presentar esta moción en los mismos términos de aquel propuesto el año 2004.

²⁷³ Boletín 8489-07. Proyecto de Reforma Constitucional: Defensoría de la Infancia. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8892&prmBL=8489-07> [consulta: 03 julio 2014].

Actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional, sin urgencia para su tramitación, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

3.2.3. Boletín 8509-07. Reforma Constitucional: Crea la institución autónoma del Defensor de los Niños y Adolescentes.

Presentado también en el año 2012, comienza señalando que Chile no puede esperar más por una reforma global al Sistema de Infancia, indicando a continuación que la sociedad se ve reflejada en cómo trata a sus niños y adolescentes.

Continúa el Proyecto recalcando que no basta con haber suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que es necesario concretar en medidas específicas las obligaciones de esta Convención, entre las cuales indica, está impulsar la creación en la Constitución Política de una Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes, una instancia autónoma, que no dependa del gobierno de turno, que controle el cumplimiento de las obligaciones de los distintos organismos del Gobierno con los niños y adolescentes. Y que, por otra parte, se preocupe de promover sus derechos.

Resulta importante señalar que en el texto del proyecto se hace referencia a la propuesta del gobierno de concretar el proyecto que busca separar la institucionalidad de la infancia en dos servicios²⁷⁴, uno vinculado a la protección de derechos, con

²⁷⁴ Boletín 8487-07. Proyecto de Ley que suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la infancia y adolescencia. Ingresado con suma urgencia el 2 de agosto de 2012, por iniciativa del Presidente, tiene por objeto focalizar de mejor manera el quehacer del Servicio Nacional de Menores, mediante la creación de dos nuevos servicios, el Servicio Nacional de Protección de

dependencia de Ministerio de Desarrollo Social, y otro relativo a los adolescentes infractores de ley penal, con dependencia del Ministerio de Justicia. Este cambio, se establece en el proyecto, no es suficiente pues no implica ningún cambio sustancial.

Se señala en este proyecto que lo que realmente se necesita es la revisión permanente de la pertinencia, calidad y recursos que hemos entregado a los diversos programas que inciden en la protección de derechos de los niños y adolescentes. La búsqueda de las mejores prácticas internacionales. Superar las deficiencias en infraestructura para el caso de los adolescentes infractores de ley penal. Terminar con la falta de especialización de jueces y fiscales, etc.²⁷⁵

Es por las razones expuestas que se presenta este Proyecto, el cual propone introducir un Capítulo XV a la Constitución, contemplando un único artículo, que establece esta institución autónoma denominada Defensor de los Niños y Adolescentes, la cual tendrá como misión salvaguardar y promover los derechos de las personas menores de edad, de conformidad con las competencias y en la forma que le encomiende la ley.

Este proyecto, ingresado sin urgencia, a la fecha no ha tenido avance alguno desde que se presentó, pues aún se encuentra en el primer trámite constitucional, radicado para su cuenta en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

la Infancia y la Adolescencia y el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente. Actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional (Cámara de Diputados). [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> [consulta: 25 diciembre 2014].

²⁷⁵ Boletín 8509-07. Reforma Constitucional: Crea la institución autónoma del Defensor de los Niños y Adolescentes. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8906&prmBL=8509-07> [consulta: 03 julio 2014].

2.4. Boletín 9153-07. Reforma Constitucional: Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

El año 2013 es presentado este Proyecto, por moción de algunos senadores, el cual buscó volver a priorizar en la agenda legislativa los derechos de la infancia.

Este Proyecto tiene su fundamento en la situación actual que viven nuestros niños, niñas y adolescentes, en la cual ven constantemente vulnerados sus derechos sin la posibilidad de tener una institución capaz de hacerse cargo de esta situación, junto con la ausencia de una legislación que recoja efectivamente los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, lo cual ha producido que se profundicen las desigualdades existentes entre éstos, ya sea en materia de educación, igualdad de oportunidades, acceso a los servicios, etc.

De esta manera, en el mensaje del proyecto se expone con cifras las falencias producidas por nuestro actual sistema institucional, que no es capaz de abordar la problemática de la niñez, y legislativo.

Además, se señala el retraso, respecto de otros países de la región, que tiene nuestro país en materia de una reforma que sea coherente con la Convención, afirmando que la realidad de la infancia de nuestro país, exige un sistema que se haga cargo de la protección de los derechos de todos los niños y niñas, sin excepciones de ningún tipo.

Sobre esa base, adquieren sentido políticas focalizadas en la llamada protección especial.²⁷⁶

Se señala entonces, que la finalidad de este Proyecto es establecer un pilar constitucional sobre el cual se pueda construir el marco normativo de protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente. Junto con establecer una institucionalidad que haga suya la concepción introducida por la Convención, esto es, que los niños son sujetos de derechos y no como objetos de control.

De esta manera, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia sería la figura que tendría una especial función en la defensa de los derechos, su promoción y protección, junto con lo cual, como este Proyecto lo propone, se incorporaría el Recurso de Protección bajo una forma prioritaria a favor de ellos, en el evento que sufran privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales.

Estos dos elementos garantizarían que la actuación de los órganos de la Administración fueran proactivos en su actuar, dotando un sistema de tutela que actuara de manera eficiente ante la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

En virtud de los argumentos señalados, es que se propone, a diferencia de los otros proyectos de agregar un título nuevo en la Constitución, agregar un artículo 19 bis que reconozca explícitamente los principios y derechos Consagrados en la Convención sobre

²⁷⁶ Boletín 9153-07. Reforma Constitucional: Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9560&prmBL=9153-07> [consulta: 03 julio 2014].

los derechos del Niño, estableciendo que: “Los niños, niñas y adolescentes disfrutan de los mismos derechos y garantías de todas las personas y cuentan además con derechos a cuidados, protección y asistencia especiales del Estado. Es deber del Estado respetar y garantizar tales derechos, reconocidos por esta Constitución así como por la Convención de los Derechos del Niño y por los demás tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los niños, niñas y adolescentes poseen autonomía para ejercer sus derechos personalmente y sin discriminación, de acuerdo a su edad y madurez, y tienen derecho a participar en todo asunto que les afecte o sea de su interés en cualquier ámbito de la vida nacional, con las responsabilidades que derivan del ejercicio de dichos derechos.

Todos los organismos del Estado tienen el deber de promover y proteger efectivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes garantizando en la máxima medida posible su pleno desarrollo.

En toda medida o decisión que concierna a los niños, niñas y adolescentes el interés superior del niño será una consideración prioritaria.

El Estado reconoce los derechos y deberes de los padres o de otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño pueda ejercer los derechos que esta Constitución les reconoce.

La ley establecerá un sistema nacional de protección integral de los derechos del niño, que comprenderá los principios y derechos reconocidos, mecanismos de protección administrativos y jurisdiccionales y organismos o servicios públicos y privados que

ejecuten o colaboren en la prevención, la promoción y la protección universal y especial de los derechos.

La internación y cualquier otra medida que implique la privación de libertad o la residencia forzosa del niño en una institución pública o privada, en razón de una medida cautelar o de protección, de sanción o cualquiera otra, y aun cuando sea provisional, tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso y por el período más breve que proceda. Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos y tendrá derecho a mantener contacto con su familia, a menos que ello se considere contrario a su interés superior.

Habrá una Defensoría de la Niñez y Adolescencia, autónoma y con personalidad jurídica, encargada de la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una ley señalará la organización y demás atribuciones de la referida Defensoría.”

En consonancia con este compromiso, agrega un inciso tercero al artículo 20 de la Constitución, relativo al Recurso de Protección especial para el caso en que, en los términos señalados en el artículo 19 bis, por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Resulta interesante destacar que este inciso establece que el recurso podrá interponerlo directamente el afectado que haya alcanzado los 14 años de edad, los padres o quienes estén a cargo del niño o niña, o cualquiera a su nombre.

Es así, que en virtud de lo expuesto, se puede señalar que este Proyecto resulta innovador respecto a los anteriores - razón por la cual consideramos necesario mostrar íntegramente el nuevo articulado - ya que no sólo busca establecer la figura del Defensor, sino que plantea un sistema de protección de los derechos del niño, toda vez que propone un reconocimiento constitucional de sus derechos, establece una institución que sea capaz de velar porque este reconocimiento sea una realidad, además de dotar de un Recurso de Protección especial, que incluso modifica las reglas generales para ser titular en su ejercicio.

Lamentablemente, a pesar de constituir una importante reforma, fue ingresado sin urgencia, por cual, al igual que los proyectos anteriormente señalados, no ha tenido movimiento, encontrándose actualmente en el primer trámite constitucional (Cámara del Senado) en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

3.3. CONCLUSIONES.

En este capítulo final, se expuso a Chile ante el Comité de los Derechos del Niño, primero observando cual ha sido su opinión sobre las medidas generales de aplicación que deben asumir los Estados respecto a la efectiva adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial en materia institucional, en cuanto al establecimiento de un organismo independiente y autónomo, generalmente denominado institución nacional de derechos humanos, que tenga por función exclusiva, velar por la aplicación de la

Convención, en cuanto protección y promoción y real ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Luego, se observó el desarrollo de nuestro país en cuanto a promulgación, modificación y proyectos de ley promovidos con el objetivo de hacer efectiva la aplicación de la Convención, los avances en institucionalidad, creación de políticas nacionales y reforzamiento del compromiso adoptado en materia de protección de derechos del niño toda vez que se ratificaron diferentes instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

Finalmente, revisamos cada proyecto de ley presentado ante el Congreso Nacional, con lo cual se pudo observar de qué forma se ha planteado la creación de una institución como el Defensor de la Infancia y Adolescencia.

En cuanto a las recomendaciones realizadas de manera general por el Comité, destaca especialmente la Observación General N° 2, la cual se puede considerar el principal argumento a favor de la adopción de esta institución, como una obligación para los Estados Parte, en virtud de las obligaciones que adquieren al momento de ratificar la Convención a la luz de su artículo 4, el cual contiene el deber para los Estados de adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, toda vez que ésta, al igual que otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita a los Estados Partes y le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y

económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella.²⁷⁷

Esta Observación también resulta importante, pues junto con indicar qué tipo de institución es la más idónea para dar realización plena al contenido de la Convención, entrega las pautas en virtud de las cuales debe ésta establecerse, sus funciones y especialmente, los principios que debe regir su actuar, los cuales están dados por los Principios de París, ya comentados latamente, pero que en definitiva establecen los requisitos para que realmente se pueda hablar de la existencia de una institución nacional de derechos humanos.

Es así, como en esta Observación el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que todos los Estados necesitan una institución de derechos humanos independiente, encargada de promover y proteger los derechos del niño; ha relevado, asimismo, el rol esencial que cumplen los Defensores del Niño en el seguimiento, promoción y protección de sus derechos; y ha alentado a los Estados Partes signatarios de la Convención a que fomenten la creación de instituciones independientes para la defensa de dichos derechos.²⁷⁸

Junto con lo establecido en la Observación General N° 2, también se mencionaron las Observaciones Generales N°5 y 9, las cuales tratan sobre las Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y los derechos de los niños con discapacidad, respectivamente. En ambas, se reitera la recomendación a los Estados

²⁷⁷ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Op. Cit. 9p.

²⁷⁸ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Op. Cit. 56p.

de que al momento de establecer medidas de aplicación de la Convención, debiesen contemplar una institución de carácter independiente que se encargue de supervisar la plena la aplicación de la Convención.

Luego de revisar cuales son los estándares propuestos por el Comité al momento de hacer efectiva la Convención por cada Estado Parte, revisamos cómo el Estado de Chile ha avanzado en este proceso, debiendo enfrentar diferentes obstáculos, los cuales no han permitido que el desarrollo de un sistema nacional que se dirija a la protección integral de la infancia.

Si bien han existido avances legislativos, aún está pendiente la promulgación de una Ley Integral de la Infancia y Adolescencia, en materia institucional de igual forma han existido avances, reformas y creación de nuevos organismos, lamentablemente no existe una coordinación entre ellos, junto la falta de independencia, pues algunos se encuentran subordinados a otros servicios, o de realizan funciones que mezclan a niños, niñas y adolescentes en diferente situación (vulneración de derechos y conflicto como la ley penal, como es el caso de SENAME).

Es así, en materia institucional, el Comité de los Derechos del Niño, como organismo internacional competente en materia de derechos humanos de la infancia, nos ha realizado sistemáticamente el mismo alcance, desde el primer documento de recomendaciones a nuestro país con ocasión de los informes que cada Estado Parte debe presentar en atención a la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, no contar aún con una institución nacional independiente de derechos humanos en la promoción y protección de los Derechos del Niño.

Esta recomendación, ha persistido pese a que el Estado de Chile informó la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), como un organismo que cumple el rol de una institución nacional de derechos humanos, lo cual lamentablemente no es del todo así, puesto que independiente a la gran labor realizada, basta con revisar detenidamente la ley que creó esta institución para observar que no se ajusta en estricto rigor a lo establecido en los Principios de París, los cuales deben considerarse el instrumento rector de esta clase de instituciones. En este sentido, se ha señalado²⁷⁹, que se puede observar un excesivo el excesivo poder unilateral del Presidente de la República en el nombramiento de los Consejeros de dicho instituto, lo cual nos aleja de la posibilidad de contar con una institución que cumpla a cabalidad los Principios antedichos, pues según el artículo 6° letra a) de la ley, el Presidente designa a dos consejeros que deben ser de distintas regiones del país y, no obstante el hecho de que estos consejeros no actúan en calidad de representantes del mandatario, la deliberada intervención del Presidente en su nombramiento es contraria a los Principios de París, que expresan que los representantes de las administraciones, de incluirse, solo participarán en los debates a título consultivo.²⁸⁰

Por otra parte, el INDH no cuenta con el mandato legal para recepcionar e investigar denuncias individuales, ello convierte a dicho instituto en la única institución Nacional de Derechos Humanos en América Latina que carecería de dicha atribución esencial, por

²⁷⁹ MARTÍNEZ MOLINA, Javiera Belén. 2014. Institución del Defensor de los derechos del Niño: Situación nacional y comparada. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile. 109p.

²⁸⁰ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS Universidad Diego Portales. 2010. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. 455p.

lo demás, este punto fue destacado por el señor Roberto Garretón, consejero del INDH, con ocasión del Primer Informe de la comisión de la Cámara de Diputados que estudió el proyecto de ley para la creación del instituto.²⁸¹

De todas formas, cabe mencionar al respecto que se ha señalado que, no obstante los Principios de París que rigen en la materia, cada país debe buscar su propia estructura a la hora de instaurar este tipo de instituciones, adecuándolas a la realidad nacional, es así como José Zalaquett esgrime que si en el proceso de establecer estas instituciones *“las autoridades estatales tienen en cuenta los principios de París como una especie de check list a la cual deben sujetarse cabalmente, existe el riesgo de que la entidad que se forme no sea debidamente funcional, en la medida en que se superpongan sus funciones con las de otros órganos del Estado o no guarde suficiente coherencia con el resto de la institucionalidad pública del país respectivo”*.²⁸²

Respecto a los proyectos de ley propuestos en nuestro país para establecer este tipo de institución, estos comparten un elemento importantísimo, pues todos proponen una reforma a nivel constitucional, lo cual es una buena señal, ya que de esta manera se establecería la institución con la relevancia que necesita, además de la seguridad jurídica que otorga el rango de su fuente legal, en cuanto a su modificación, incluso derogación.

²⁸¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.405 Instituto Nacional de Derechos Humanos. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008867> > [consulta: 19 diciembre 2014].

²⁸² ZALAUQUETT, José. 2010. La institucionalidad estatal de Derechos Humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derechos Humanos (6). Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago, Chile. 163p.

De los proyectos revisados, junto con este elemento común que comparten, resulta interesante leer los mensajes previos al proyecto mismo, es decir las motivaciones que impulsan a promover su establecimiento.

En ellos destaca el interés de proteger los derechos del niño, su promoción, la relevancia que adquieren luego de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no se mencionan las reiteradas recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, tampoco a la Observación General que por excelencia se refiere a esta institución, y menos a los Principios de París, que deben ser las directrices que orienten la creación de un defensor de la Infancia y Adolescencia.

Es importante señalar que, en términos generales los proyectos establecen funciones que sí, son propias de un Defensor de esta clase, pero resulta preocupante que no se establezcan principios generales a los cuales debería obedecer su actuar, lo cual podría deberse quizás al no conocimiento en profundidad de esta clase de institución.

Sin embargo, para concluir, resulta tal vez más preocupante que todos estos proyectos no hayan prosperado, que no haya un compromiso real para su creación, y que al momento de ser ingresados estos proyectos, no se les haya dado la prioridad que corresponde, al ser ingresados sin urgencia alguna.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo se expuso a Chile en cuanto Estado Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, primero, en virtud de la experiencia comparada de países que también son signatarios de la Convención, respecto a sus avances en materia de institucionalidad y legislación de la infancia y adolescencia, luego; señalando los mecanismos de protección con los que cuenta nuestro país, esto es, el escenario actual en Chile en materia de derechos del niño, lo cual permite tener la información correspondiente en base a la cual argumentar respecto de las falencias existentes en nuestro sistema; y finalmente enfrentando la realidad en esta materia con los estándares sugeridos por el Comité de los Derechos del Niño en materia de adopción de la Convención y su aplicación por los Estados Partes.

El primer capítulo se inició proporcionando las bases para entender el surgimiento de las Defensorías, Comisionados u Ombudsman para la infancia y adolescencia, desde la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo en su origen y fundamentos, todo lo cual nos revela la necesidad de crear una institucionalidad en derechos humanos, la que no sólo emerge de suplir una carencia en nuestro ordenamiento jurídico, sino que también forma parte de las obligaciones internacionales que emanan de los tratados de derechos humanos de los que Chile es parte, entre los cuales cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, los que expresamente señalan la importancia de contar con Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

Cabe mencionar que pese a la labor realizada por las Organizaciones No Gubernamentales u otros tipos de organización intermedia, la cuales interceden en la defensa de los derechos de los ciudadanos, ello no obsta a la necesidad de crear una institución de carácter nacional, como el Defensor del Pueblo.

Entre los ámbitos en que se han desarrollado estas instituciones (instituciones independientes de protección no jurisdiccional de derechos humanos) se encuentra la protección de la infancia, grupo humano que desde la segunda mitad del siglo veinte ha adquirido progresivamente un mayor reconocimiento y protección de sus derechos; el hito más relevante de este proceso se produjo el 20 de noviembre de 1989, fecha en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁸³

Esta Convención es considerada el principal instrumento de protección de la infancia y adolescencia, dado su fuerza obligatoria para los países que la han suscrito y ratificado, además de reconocer en ella la consagración de la doctrina de protección integral de la infancia.

Sin embargo es preciso mencionar que el Comité sobre los Derechos del Niño, en su informe sobre el noveno período de sesiones²⁸⁴, ha señalado que tanto en la Convención como en las diferentes Reglas y Directrices, se prevé la adopción de un sistema

²⁸³ CILLERO, Miguel. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Op. Cit. 178p.

²⁸⁴ Informe sobre el noveno período de sesiones, mayo/junio de 1995, CRC/C/43, Anexo VIII.

orientado a la infancia que reconoce al niño como sujeto de derechos y libertades fundamentales y recalca la necesidad de que en todas las medidas relativas a los niños la consideración primordial sea el interés superior del niño.

Desde la adopción por los Estado Partes de la Convención se ha originado una evolución de la normativa internacional, acompañada de reformas legislativas a nivel nacional y el reforzamiento de mecanismos –jurisdiccionales y no jurisdiccionales– para la protección de los derechos de la infancia y el control de las políticas públicas destinados a satisfacerlos, dando cumplimiento al ya mencionado, artículo 4 de la Convención, según el cual, los Estados deben adoptar todas *las medidas administrativas, legislativas y de otra índoles para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*”.²⁸⁵

En el caso de Chile, la experiencia de otros países, tanto de Europa como de América Latina, que han desarrollado este tipo de trabajos, como pudimos observar en el primer capítulo, podría servir para avanzar en desafíos que aún se encuentran pendientes después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990: la reforma legislativa, el desarrollo de una cultura de derechos, la coordinación de los servicios sociales destinados a satisfacer los derechos de los niños de modo de evitar las disparidades en su acceso y calidad, y el fortalecimiento de mecanismos de exigibilidad de los derechos de los niños que permitan resolver conflictos entre los distintos servicios sociales y la infancia a través de procedimientos desjudicializados.²⁸⁶

²⁸⁵ CILLERO, Miguel. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Op. Cit. 178-179.

²⁸⁶ Op. Cit. 185p.

A continuación, en el segundo capítulo, encontramos de manera abundante instrumentos internacionales ratificados por Chile, siendo el más importante para el desarrollo de este trabajo, la Convención sobre los Derechos del Niño, algunos de ellos con una tangible aplicación práctica, como las Convenciones de Nueva York de 1956 y Convención de la Haya de 1980, y otros que más bien nos otorgan una dirección a seguir en materia de derechos humanos, conteniendo enunciaciones expresas de derechos de la infancia y adolescencia.

Cabe señalar, de todas formas, que aunque nos parezcan un tanto foráneos estos instrumentos, son parte de nuestra legislación nacional, pues no se debe olvidar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, estos se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, y en especial, aquellos que se refieren a derechos fundamentales, su incorporación importa el reconocimiento del rango constitucional de estos derechos, si bien no hay una posición uniforme en la doctrina a este respecto.

Es así, como adquieren plena vigencia los derechos garantizados en estos instrumentos internacionales, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual obliga a la adecuación de la normativa legal, judicial y de la administración al contenido de estos tratados, en especial al de la Convención, en la cual se establece expresamente la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos contenidos en ella.

En consideración a esta obligación, es que se consideró importante presentar de qué forma nuestro Estado ha intentado cumplir con dicho deber, razón por la cual se

presentaron las principales normas promulgadas luego de la entrada en vigor de esta Convención y las principales reformas en materia de institucionalidad.

Como se mencionó, en materia de legislación, si bien se han promulgado un gran número de leyes que buscan recoger lo establecido en la Convención, lo cual ha sido enunciado en cada proyecto que dio origen a estas normas, toda vez que en ellos se señaló a qué normas de la Convención perseguían adecuarse y por tanto, hacerla efectiva, pero, como se indicó, aún hay normas vigentes que fueron adoptadas con anterioridad a la ratificación de la Convención, las cuales no han sido modificadas ni ajustadas a los principios que consagra este instrumento internacional, asimismo, se observa la falta de adecuación de ciertos procedimientos, establecidos en diferentes normas, en virtud de los cuales existe una interacción entre niños y adolescentes y diferentes autoridades.

En este orden de ideas, volvemos a recalcar la ausencia de una Ley de Protección Integral, la cual debería plantear la función del Estado como un ente que garantice el acceso universal y el ejercicio pleno de los derechos humanos que asisten a niños, niñas y adolescentes.²⁸⁷

Es importante señalar además, que en cuanto a esta Ley, la sociedad civil concibe este cuerpo legal en coherencia con un ordenamiento jurídico constitucional y legal general, destinado a reconocer, respetar, promover y garantizar, efectivamente, los derechos del niño, sobre la base de que este es un sujeto de derecho.²⁸⁸

²⁸⁷ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Op. Cit. 25p.

²⁸⁸ Op. Cit. 29p.

Finalmente, la dictación de una Ley de Protección integral de Derechos está esencialmente vinculada a la implementación de servicios adecuados en materia proteccional y penal por una parte²⁸⁹, y a la creación de un Defensor del Niño, por otra, pues sólo de esta forma pueden hacerse efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.²⁹⁰

En materia institucional, si bien se han realizado modificaciones a instituciones creadas con anterioridad a la ratificación de la Convención y se han establecido nuevas que buscan realizar funciones que propendan a el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en ella, este conjunto de organismos se caracteriza por la dispersión y la falta de coordinación y retroalimentación de sus funciones, lo cual demuestra la ausencia de un ente que pueda regular esta fragmentación de facultades.

Es así, como luego de tener conocimiento de la situación legal e institucional, no cabe si no estimar que, el Estado de Chile enfrenta el desafío de emprender una serie de reformas que le permitan al país contar con una institucionalidad de infancia moderna, efectiva y respetuosa de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes. Dicha institucionalidad, sujeta a progresivo mejoramiento, debiera incluir a lo menos, tres ejes centrales: en primer lugar, la reformulación de la estructura, capacidades y recursos actualmente otorgados al SENAME, de modo tal de poder contar con servicios especializados y de la más alta calidad para la atención de niños y niñas que requieren protección especial y para aquellos adolescentes en conflicto con la Ley Penal; en

²⁸⁹ Lo cual guarda relación con el Proyecto de Ley que busca reestructurar en SENAME en dos servicios.

²⁹⁰ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Op. Cit. 29p.

segundo lugar, la revisión de la legislación de menores actualmente vigente y la promulgación de una Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, capaz de generar un marco legislativo global que garantice el ejercicio efectivo de los derechos de todos los niños y niñas, y que establezca un verdadero sistema de protección integral a la infancia y; en tercer lugar, la creación de una institución autónoma e independiente del gobierno de turno, abocada a la defensa eficaz de los derechos de los niños en caso de vulneración o amenaza, con poder de dictar recomendaciones vinculantes para los distintos órganos del Estado y que cuente con los recursos adecuados para cumplir con sus funciones propias, tanto a nivel nacional como local.²⁹¹

Conocido así el estado actual de nuestro Estado en materia de infancia, en el siguiente capítulo nos trasladamos nuevamente al ámbito internacional, a través de las observaciones del Comité de los Derechos del Niño en materia de medidas generales de aplicación de la Convención respectiva, señalando aquellas Observaciones Generales realizadas a los Estados miembros que nos permiten dar sustento al establecimiento de una institución como el Defensor de la Infancia y Adolescencia, y en especial aquellas recomendaciones realizadas a nuestro país en virtud de los informes periódicos presentados.

Es así, como el Comité tiene entre sus funciones, la realización de observaciones a los informes presentados por los Estados Partes y la elaboración recomendaciones generales en virtud de la información contenida en estos informes o en otras fuentes, como se indicó en el tercer capítulo. Estas observaciones constituyen un gran aporte,

²⁹¹ Op. Cit. 5p.

toda vez que contribuyen a mejorar, por parte de los Estados Partes, la aplicación en diferentes temáticas de la infancia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a las recomendaciones u observaciones generales emitidas por el Comité, destaca, para el objetivo de este trabajo, la Observación General N° 2, pues como se señaló, debe considerarse una guía en materia de medidas generales de aplicación de la Convención, en virtud de lo establecido en su artículo 4, para los Estados que han establecido o pretenden establecer una institución dedicada íntegramente a la promoción y protección de los derechos del niño, asimismo, que esté encargada de monitorear, de manera independiente, las acciones realizadas por el Estados, en cuanto Administración Pública, tendientes al ejercicio de estos derechos.

Junto con estas Observaciones Generales, pudimos conocer aquéllas emitidas a propósito de los Informes Periódicos presentados por Chile, observando que, desde 1994, año en que se presentó el primer informe, el Comité, ha insistido en la importancia de establecer una Institución Nacional de Derechos Humanos, Ombudsman o Comisiones, sin darle mayor importancia a la denominación por la cual se opte, sino más bien a la función primordial que debe realizar, esto es, contar con una infraestructura institucional que facilite la aplicación de las normas internacionales, que permita que las mismas sean incorporadas efectivamente a nivel nacional no sólo a través de las determinación de su jerarquía normativa sino también más allá de su tutela judicial. Por ello, las prácticas internas de cualquier país, y así lo ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño también para el caso de Chile, requieren que el Estado establezca una

institución de derechos humanos nacional e independiente dedicada íntegramente a la promoción y protección de los derechos del niño, basándose en los Principios de París.

De todas formas, es posible que surja la interrogante respecto a la obligatoriedad que pueden tener estas recomendaciones y observaciones del Comité, por lo cual resulta importante señalar cuál debe ser considerado el valor jurídico de las recomendaciones, pues como lo indica Escobar Roca, al citar a Manuel Díez de Velasco, que “la generalidad de las organizaciones internacionales se ven atribuidas por sus instrumentos constitutivos de la posibilidad de adoptar actos de naturaleza recomendatoria, conteniendo una invitación, dirigida a uno o varios destinatarios, para que adopten un comportamiento determinado, sea este una acción o una abstención. La regla general es la no obligatoriedad de las recomendaciones. Una recomendación no se convierte en obligatoria sino después de una aceptación expresa o tácita. Ahora bien, si los Estados son libres de rechazarlas, lo harán con extrema prudencia si el acto ha recibido la adhesión mayoritaria de los restantes Estado, esto es, a pesar de su alcance jurídicamente limitado puede ser un adecuado medio de presión social. De este modo, la ausencia de fuerza obligatoria no significa que el acto carezca de todo alcance, pues su impacto político (presión psicológica) y su valor jurídico (los Estados están obligados a examinar las recomendaciones de buena fe, arts. 2.5, 6 y 56 de la Carta de Naciones Unidas) no son desdeñables”.²⁹²

²⁹² ESCOBAR ROCA, Guillermo. 2008. Ponencia: Del Derecho débil a la fuerza de los Derechos. En: El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate. ESCOBAR ROCA, Guillermo. Editorial Dykinson. Madrid. 21p.

Nuestro país, ha sido receptivo de las Observaciones emanadas por el Comité, si bien no en todas estas recomendaciones, sí ha realizado reformas en materia legal, institucional y de las políticas públicas, las cuales ha informado al Comité, de manera tal, que exista coherencia entre lo sugerido por este organismo y las medidas adoptadas por el Estado de Chile.

Pese a estos esfuerzos, en Chile existe una creciente conciencia acerca de la necesidad de reforzar los mecanismos independientes de protección de derechos, en particular aquellos que puedan – como las defensorías - representar los Derechos Humanos de la infancia, ya sea considerados individualmente, o como colectivo o grupo, ante las autoridades públicas²⁹³.

Es así, que conscientes de esta necesidad de buscar y fortalecer estos mecanismos de protección efectivos para presionar y lograr movilizar el estado en miras a una mejor cautela de los derechos de la infancia que nace como un mecanismo efectivo el establecimiento de la figura del Defensor del Niño y la posibilidad de insertarlo en la institucionalidad pública como un organismo independiente, con recursos adecuados y con la jerarquía suficiente para representar los intereses de niños, niñas y adolescentes, quienes por ellos mismos no pueden representar y defender.

En conocimiento de la contribución que esta clase de institución puede realizar en materia de derechos del niño, es ya hacia el final de este trabajo mencionamos los proyectos de ley promovidos ante el Congreso para establecer esta institución nacional,

²⁹³ CILLERO, Miguel. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. UNICEF. 180p.

independiente y cuyas funciones de protección se dirijan exclusivamente a los niños, niñas y adolescentes.

De la lectura de estos proyectos se logra vislumbrar el interés que genera la creación de un sistema de protección integral de este grupo minoritario y vulnerable compuesto por los niños, pues la creación de un defensor de la infancia y adolescencia permitiría darle una mayor prioridad a nivel del Estado en el diseño de las políticas públicas en esta materia.

Es así, que se le reconoce a esta institución la capacidad de posicionar los intereses de los niños y niñas en los lugares prioritarios de la agenda pública y de movilizar a los actores públicos y privados relevantes para materializar los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹⁴, transformando esta prioridad en una realidad, terminando con la brecha que separa el discurso del gobierno de turno a favor de la infancia y adolescencia, y la concreción de políticas, medidas y planes dirigidos hacia su bienestar.

Es preciso dejar en claro que aunque se trate de un Ombudsman que protege los derechos de los niños, su función no es de protección directa de estos derechos, sino que dice relación con su exigibilidad a través de la recepción de denuncias, el control de las acciones de la autoridad y la emisión de recomendaciones para los órganos públicos o privados que correspondan²⁹⁵.

²⁹⁴ TELLO ESCOBAR, Cristóbal. El defensor del niño: ¿una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas?. Op. Cit. 124p.

²⁹⁵ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. Estudio de Aproximación sobre el Estado de la Situación de las Oficinas de la Niñez y Adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales Independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Op. Cit. 20p.

En cuanto a las características que debe tener el Defensor de la Infancia y adolescencia, debemos reiterar que debe ser independiente, esto porque al momento de ejercer sus funciones debe tener el grado de autonomía necesaria que le permita tener una real incidencia en reformas legales y administrativas, formulando recomendaciones a la autoridad sobre temas que comprometan los intereses de los niños y niñas, con carácter reactivo frente a vulneraciones, o bien en forma preventiva²⁹⁶, asimismo debe ser accesible a todos los niños, lo cual implica que no debe ser burocrática, funcionar de manera más informal y cercano, además de entregar información en un lenguaje que sea adecuado para los niños²⁹⁷ y que este mensaje se dirija realmente a todos los niños, sin distinguir etnia, discapacidad, clase, etc. Además, en la tarea de promover los derechos del niño, el Defensor debe estar directamente informado de la experiencia de los propios niños y no depender de suposiciones sobre lo que ellos piensan y sienten, por lo cual debe dar aplicación efectiva del artículo 12 de la Convención²⁹⁸. Finalmente, en cuanto a las características fundamentales que debe tener esta institución, está en la exclusividad de su atención, lo cual tiene su fundamento en la eterna creencia de que los niños son propiedad de los adultos, careciendo de autonomía o autodeterminación, por lo cual la tarea de representarlos es totalmente diferente a la de representar a los adultos. Además tienen una posición y un perfil político débiles, por lo cual suelen ser ignorados.²⁹⁹

²⁹⁶ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Op. Cit. 59p.

²⁹⁷ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 10p.

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ Ibid.

En cuanto a las funciones que debe realizar, fueron indicadas de manera extensa en el primer capítulo, lo cual no obsta a destacar, a modo de conclusión, que se ha estimado³⁰⁰ que éstas deben ser: controlar la administración pública y a las instituciones privadas dedicadas a la promoción y protección de los derechos del niño en el cumplimiento de sus funciones; vigilar, monitorear y controlar la implementación de las políticas públicas universales y especiales relativas a la niñez y a la adolescencia; formular recomendaciones; informar a las instancias que correspondan de las vulneraciones de derechos, ordenando el cese de las mismas; dar a conocer su opinión sobre aspectos de su competencia; comunicarse directamente con las organizaciones regionales e internacionales de derechos humanos; orientar e informar, en general; sobre cuestiones relativas a la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia; promover reformas legales en aspectos de su competencia; permanecer en constante diálogo con el Poder Ejecutivo y, en especial, con el Parlamento; presentar informes anuales que den cuenta de su gestión; realizar investigaciones de oficio; aplicar sanciones administrativas y multas a jefes de servicios o de ministerios; y generar *rankings* de cumplimiento de las instituciones en la protección de los derechos de los niños y niñas.

Respecto a la representación judicial ante vulneraciones de derechos de los niños, existe consenso en que no debe asumir la defensa de éstos respecto de casos conocidos previamente por los tribunales de justicia o que se encuentren bajo su conocimiento actual. En este sentido, se ha afirmado que sólo en casos emblemáticos y particularmente graves, el Defensor del Niño debiera asumir la defensa de violaciones individuales y,

³⁰⁰ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Op. Cit. 83p.

especialmente, colectivas o de intereses difusos, o bien, en el caso de asuntos de orden penal, intervenir de forma coordinada con otras instituciones competentes.³⁰¹

Asimismo, resultaría aplicable a Defensor, al momento de ejercer sus funciones, las técnicas utilizadas por las defensorías que garantizan los derechos humanos, las cuales resultan tremendamente útiles: a) la crítica al sistema jurídico –denunciando insuficiencias desde una óptica de derechos humanos, yendo más allá de la labor de los tribunales de justicia, que no pueden criticar al sistema- b) la atención de demandas y problemas cotidianos de las personas que presentan quejas son barreras de acceso a la institución – gratuita, sin entablar un proceso judicial, etc.- c) la consideración de los problemas en forma estructural y colectiva y d) la utilización de la persuasión y el diálogo con los poderes públicos de manera no coactiva sino a través de sus argumentos, informes, etc.³⁰²

Estas cuatro técnicas también podrían contribuir a darle mayor fuerza a las recomendaciones y propuestas que pueda realizar, dado que éstas no tiene fuerza vinculante para los órganos públicos a los cuales van dirigidos, el logro de la misión encomendada al Defensor, depende en gran medida, de la estrategia que éste diseñe e implemente y de los medios que cuente para su labor.³⁰³

Para concluir, luego de mostrar la situación internacional en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño; la situación actual de Chile en esta materia; y los parámetros que

³⁰¹ Op. Cit. 84.

³⁰² Op. Cit. 66.

³⁰³ CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. El Trabajo del defensor de los niños. Op. Cit. 11p.

éste debe alcanzar para, efectivamente, hablar una protección real y efectiva de estos derechos.

Es preciso reiterar que existe una clara obligación del Estado chileno de crear un Defensor de la Niñez y Adolescencia, sustentada en los tratados internacionales relativos a derechos humanos enunciados en este trabajo, en cuanto a la adopción de una institución nacional de derechos humanos que sea independiente, y, en especial la Convención sobre Derechos del Niño, toda vez que esta institución, con especial y exclusivo énfasis en niños, niñas y adolescentes, debe considerarse parte importante en el cumplimiento de las obligaciones contraídas al ratificar por nuestro país esta Convención, en especial, lo establecido, como se ha indicado, en su artículo 4, en cuanto a la adopción de medidas generales de aplicación, la cual dice relación con todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que debe realizar en materia de dar efectividad a los derechos que ahí se consagran. Si bien la Convención no se refiere expresamente a la creación del Defensor del Niño, la norma comentada es un imperativo que debe cumplirse, junto con lo cual resulta respetable lo indicado por el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 2, a la cual no hemos referido reiteradamente.

Asimismo, como se señaló, en nuestra misma Constitución encontramos otro argumento que nos permite sostener con fuerza que el Estado de Chile incumple los deberes adquiridos, toda vez que en su artículo 5° establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales consagrados en ella y en los tratados internacionales ratificados y que se encuentran vigentes. .

Es así, que en sinergia, tanto el artículo 4 de la Convención y 5° de la constitución, se revela el deber de dar efectividad a estos derechos, justificándose la implementación de medidas como el establecimiento del Defensor de la Infancia y Adolescencia, que va más allá de la simple adecuación de marcos normativos.³⁰⁴

Señalado lo anterior, es de nuestro especial interés que realmente exista un compromiso en establecer esta institución, nacional, independiente y dedicada exclusivamente a velar por el ejercicio efectivo de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, asumiendo íntegramente el compromiso nacido luego de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁰⁴ UNICEF. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Op. Cit. 57p.

BIBLIOGRAFÍA

A. MONOGRAFÍAS.

1. BOBADILLA AYALA, Valeska Nathalia. 2008. El rol subsidiario del Estado en la protección de los niños, niñas y adolescentes. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile.
2. BRUENAUD R., Claudia. 2003. Protección de la Infancia: Un tema de Derechos Humanos. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile.
3. ECHEVERRÍA OCHOA, Ana María y MONASTERIO GÁLVEZ, Valentina. 2006. Una Institucionalidad de Derechos Humanos. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile.
4. MARTÍNEZ MOLINA, Javiera Belén. Institución del Defensor de los derechos del Niño: Situación nacional y comparada. 2014. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile.
5. OBREQUE MELENDEZ, Cristóbal Josué y TOBAR RAMÍREZ, Jaime Gonzalo. 2010. La judicatura de familia a la luz de la Ley N° 20.286, que introduce modificaciones a la ley que crea los tribunales de familia. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile.
6. PAREDES ZIEBALLE, Alejandro. 2003. La necesidad de un Ombudsman en Chile y su rol como protector de los derechos de las personas. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Valdivia, Universidad Austral de Chile.
7. SOLÍS GODOY, Germán Eduardo. 1998. El Ombudsman, análisis comparado y de la necesidad de su establecimiento en Chile. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad Central.

8. SOTO TOBAR, Osvaldo Enrique. 2004. El defensor del pueblo y su inminente inserción en nuestro sistema jurídico. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago de Chile, Universidad de Chile.

B. TEXTOS.

1. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. 1996. Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de fuentes. Los Derechos y Libertades. 2ª ed. Madrid, España. Editorial Tecnos. Vol. 1.
2. CARMONA Y CHOUSSAT, Juan Francisco. 2000. El defensor del Pueblo Europeo. Serie Administración General. Madrid, España. INAP.
3. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. 2005. Permanencia y cambios en derecho internacional. Madrid, España. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
4. CENTRO DE INICIATIVAS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO (CICODE). 1999. El Fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano. Alcalá de Henares, España. Servicio de Publicaciones de Universidad de Alcalá.
5. CENTRO DE INICIATIVAS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO (CICODE). 1999. El Ombudsman Iberoamericano y los derechos de la Infancia. II Curso de Fortalecimiento Institucional del Ombudsman Iberoamericano, La Antigua, Guatemala. 25 de septiembre – 8 de octubre de 1999. Alcalá de Henares, España. CICODE.
6. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. 1999. El Trabajo del defensor de los niños. Florencia, Italia. Innocenti Digest, UNICEF.
7. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. 2001. Defensorías del Pueblo en la región andina: experiencias comparadas. Lima, Perú. CAJ.
8. CONSTELA, Carlos. 2010. Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo. Madrid, España. Editorial Reus S.A.
9. COUNCIL OF EUROPE. 1996. The Rights of the child, a European perspective. Germany. Council of Europe Publishing.
10. ESCOBAR ROCA, Guillermo. 2008. Defensorías del Pueblo en Iberoamérica. Navarra, España. Thomson/Aranzadi.

11. ESCOBAR ROCA, Guillermo. 2008. El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate. Madrid, España. Editorial Dykinson.
12. FELDMAN, Gustavo. 1998. Los Derechos del Niño. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ciudad Argentina.
13. MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. 2010. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. 6ª ed. Madrid, España. Editorial Tecnos.
14. MORLACHETTI, Alejandro. 2013. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Santiago, Chile. CEPAL y UNICEF.
15. MOURE PINO, Ana María. 2013. El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Madrid, España. Editorial Dykinson.
16. QUINZIO, Jorge Mario. 1992. El Ombudsman, el Defensor del Pueblo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
17. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. 1991. Temas para un Derecho de la Humanidad, Santiago de Chile, Ed. Atletia.

C. REVISTAS, SEMINARIOS Y DOCUMENTOS.

1. ALVAREZ CONDE, Enrique. 1996. Curso de Derechos Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de fuentes. Los Derechos y Libertades. 2ª ed. Madrid, España. Editorial Tecnos. Vol.1.
2. BAEZA CONCHA, Gloria. 2001. El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho (2). Vol.28.
3. BERTELSEN, Raúl. 2001. Algunas proposiciones alternativas. En: Seminario Internacional: El defensor ciudadano que queremos. Capítulo Chileno del Ombudsman y Ministerio Secretaría General la Presidencia. Santiago, Chile.
4. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS Universidad Diego Portales.2010. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
5. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO. 1999. El Trabajo del defensor de los niños. Florencia, Italia. Innocenti Digest, UNICEF.
6. CILLERO, Miguel. 2004. Defensorías de la Infancia. Experiencia internacional. Revista Justicia y Derechos del Niño (6) UNICEF.

7. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. 2001. ¿Qué es el Defensor del Ciudadano?. Lima, Perú. CAJ.
8. CONTRERAS LARGO, Consuelo. 2003. El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las oficinas de protección de derechos: un servicio del nivel local. Revista Derechos del Niño (2).
9. CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL R.M. 2009. Informe ¿Quiénes son nuestras y nuestros usuarios? Perfil usuarios CAVI. Santiago, Chile.
10. COUSO, Jaime. 2006. El Niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. El interés superior del Niño autonomía progresiva y derecho a ser oído. Revista de derechos del niño (3 y 4).
11. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Defensa Penal Adolescente, la revista de la Defensoría Penal Pública. (9). Santiago, Chile.
12. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2011. Unidad de Defensa Penal Juvenil con la cooperación técnica de UNICEF. Informe estadístico 3 años de vigencia Ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago, Chile.
13. FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN. 2005. III Informe FIO sobre Derechos Humanos: Niñez y Adolescencia. Madrid, España.
14. INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. 2011. Estudio de Aproximación sobre el Estado de la Situación de las Oficinas de la Niñez y Adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales Independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. OEA.
15. KONTERLLNIK Irene, MUÑOZ Teresa, y PELLIZA Cecilia. 1999. Gestión de Políticas para la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Un Modelo en Construcción Buenos Aires, Argentina. UNICEF.
16. MILOS, Juan Domingo. 1999. Un defensor del pueblo para Chile. Revista Perspectivas en política, economía y gestión (1). Santiago, Chile. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. Vol. 3.
17. MOURE PINO, Ana María. 2013. Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile: estudio de derecho comparado. Revista de Derecho Público (78).
18. NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. 1997. Folleto Informativo. Los derechos del niño. Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Genève, Suiza; New York, Estados Unidos de América. Naciones Unidas.
19. NACIONES UNIDAS. 2014. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Guía de formación, Serie de capacitación profesional N° 19. Nueva York y Ginebra.

20. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1996. Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Revista Chilena de Derecho (2 y 3). Vol. 23.
21. QUINTANA BENAVIDES, Augusto. 2005. El establecimiento del Ombudsman en Chile como el “gran supervisor” del sistema de tutela de derechos. Revista de Derecho Público (67).
22. TELLO ESCOBAR, Cristóbal. 2006. niñas?. Revista de derechos del niño (3 y 4).
23. TURNER SAELZER, Susan. 2002. Los Tribunales de Familia. Ius et Praxis (2).
24. UNICEF. 2012. Procedimientos policiales y derechos del niño. Santiago, Chile.
25. UNICEF. 2013. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Estrategias de defensa y protección jurídica de niños, niñas y adolescentes (16). Santiago, Chile.
26. UNICEF. 2012. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (13). Santiago, Chile.
27. VINAGRE, Sebastián. 2014. Defensorías del Pueblo, Diferentes Estamentos en la Argentina. En: SEMINARIO INTERNACIONAL La Institución del Ombudsman en el derecho comparado y su establecimiento en el orden jurídico chileno. 24 de marzo 2014. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
28. ZALAQUETT, José. 2010. La institucionalidad estatal de Derechos Humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derechos Humanos (6). Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago, Chile.

D. NORMATIVA.

1. BOLIVIA. 1999. Ley 2026/99 Código del Niño, Niña y Adolescente. 27 octubre 1999.
2. CHILE. Ministerio de Justicia. 1979. Decreto Ley 2.465 Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica. 10 enero 1979.
3. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1982. Decreto 254 Modifica Decreto Supremo N° 23 de 1961. 14 mayo 1982.
4. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto Supremo 778 Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 30 Noviembre 1976.
5. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto Supremo 326 Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 28 abril 1989.

6. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Decreto Supremo 873 Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.23 agosto 1990.
7. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Decreto Supremo 830 Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. 14 agosto 1990.
8. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1994. Decreto 386 Promulga la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños. 30 marzo 1994.
9. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1999. Decreto Supremo 1215 Promulga la Convención sobre protección del Niño y cooperación en materia de adopción internacional. 2 agosto 1999
10. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley 19.620 Dicta normas sobre adopción de menores. 26 julio 1999.
11. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto Supremo 248 Promulga el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. 9 septiembre 2003.
12. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores.2003. Decreto Supremo 225 Promulga el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. 8 agosto 2003.
13. COSTA RICA. 1992. Ley 7.319 Crea Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica. 17 de noviembre 1992.
14. ESPAÑA. 1996. Ley del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid 5/1996. 8 julio 1996.
15. ESPAÑA. 1981. Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español 3/1981. 6 Abril 1981.

E. PÁGINAS WEB Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

1. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 217. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1000396&idVersion=2009-03-03>> [consulta: 10 diciembre 2014].
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. [en

línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366>> [consulta: 16 octubre 2014].

3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.620, Dicta normas sobre adopción de menores. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084>> [consulta: 16 octubre 2014].
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.286 Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=277775>> [consulta: 16 octubre 2014].
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.405 Instituto Nacional de Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008867>> [consulta: 19 diciembre 2014].
6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803>> [consulta: 10 diciembre 2014].
7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.032 Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores de SENAME, y su régimen de subvención. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=240374>> [consulta: 13 noviembre 2014].
8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.422. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010903>> [consulta: 12 noviembre 2014].
9. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Ley 20.422 Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010903>> [consulta: 12 noviembre 2014].
10. Boletín N° 2115-03. Proyecto de Ley que Crea la Defensoría Nacional del Usuario. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=272&prmBL=2115-03> [consulta: 02 julio de 2014].

11. Boletín N° 2605-07. Proyecto de Ley que crea el Defensor del Ciudadano. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1519&prmBL=2605-07>
[consulta: 02 julio de 2014].
12. Boletín 9153-07. Reforma Constitucional: Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9560&prmBL=9153-07>
[consulta: 03 julio 2014].
13. Boletín 8489-07. Proyecto de Reforma Constitucional: Defensoría de la Infancia. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8892&prmBL=8489-07>
[consulta: 03 julio 2014].
14. Boletín 8487-07. Proyecto de Ley que suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la infancia y adolescencia. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>
[consulta: 25 diciembre 2014].
15. Boletín 8911-18. Proyecto de Ley de Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9315&prmBL=8911-18>
[consulta: 03 julio de 2014].
16. Boletín 8509-07. Reforma Constitucional: Crea la institución autónoma del Defensor de los Niños y Adolescentes. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8906&prmBL=8509-07>
[consulta: 03 julio 2014].
17. Boletín N° 6232-07. Reforma Constitucional que crea la Defensoría de las Personas. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6630&prmBL=6232-07>
[consulta: 02 julio de 2014].
18. Boletín N° 332-07. Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de Justicia y Defensor del Pueblo. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1270&prmBL=332-07>
[consulta: 02 julio 2014].
19. Boletín N° 333-07. Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2477&prmBL=333-07>
[consulta: 02 julio de 2014].

20. Boletín N° 3429-07. Proyecto de Ley que crea el Defensor del Ciudadano. [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3748&prmBL=3429-07>
[consulta: 02 julio de 2014].
21. Boletín N° 3500-07. Proyecto de Reforma Constitucional: Crea Defensoría de la Infancia [en línea]
<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3825&prmBL=3500-07>
[consulta: 03 julio de 2014].
22. BUNDESTAG. Basic Law for the Federal Republic of Germany. [en línea]
<http://www.bundestag.de/blueprint/servlet/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf> [consulta: 01 octubre 2014].
23. CAPÍTULO CHILENO DEL OMBUDSMAN. Origen y situación actual. [en línea] www.obudsman.cl [consulta: 02 julio 2014].
24. CHILE. Decreto Ley 2.465. Crea el Servicio Nacional de Menores y fija texto de su Ley Orgánica. Ministerio de Justicia. Diario Oficial 16 de enero de 1979. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6929>> visitado el 28 de octubre de 2014.
25. CHILE. Ley 20.032. Establece Sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención. Ministerio de Justicia. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=240374>> visitado el 28 de octubre de 2014
26. CHILE. Ministerio de Justicia. 2014. DFL 1 Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 10 octubre 2014 [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>
[consulta: 12 noviembre 2014].
27. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2014. Decreto 21 Crea Consejo Nacional de la Infancia. Considerando 8. 14 abril 2014. [en línea]
<<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/versiones-antteriores/do/20140416/>>
[consulta: 16 abril 2014].
28. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. [en línea]
<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11> [consulta: 23 octubre 2014].

29. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 5 (2003). Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11> [consulta: 23 octubre 2014].
30. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad. [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11> [consulta: 23 octubre 2014].
31. CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Qué hace el Consejo [en línea] <<http://www.consejoinfancia.gob.cl/que-hace-el-consejo/>> [consulta: 22 octubre 2014].
32. CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL de la Región Metropolitana. Justicia te ayuda, chilenos en el exterior. Gobierno de Chile. [en Línea] <<http://justiciateayuda.cl/wp-content/uploads/2012/04/chilenosenelexterior.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2014].
33. DEFENSOR DEL PUEBLO EN ISLANDIA. Acerca del Defensor del Pueblo. [en línea] <<http://www.umbodsmaduralthingis.is/category.aspx?catID=5>> [consulta: 26 septiembre 2014].
34. DEFENSOR DEL PUEBLO EN ISLANDIA. Información en español. [en línea] <<http://www.umbodsmaduralthingis.is/category.aspx?catID=15>> [consulta: 26 septiembre 2014].
35. DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. Declaración Red Europea de Defensores del Pueblo, adoptada en el VI Seminario de Defensores del Pueblo nacionales de los Estados Miembros de la UE y de los Países candidatos. [en línea] <<http://www.ombudsman.europa.eu/es/resources/statement.faces>> [consulta: 01 octubre 2014].
36. DEFENSOR DEL PUEBLO Provincia de Buenos Aires. El Defensor del Pueblo [en línea] <<http://www.defensorba.org.ar/el-defensor-del-pueblo.php>> [consulta: 7 julio 2014].
37. DEFENSOR DEL PUEBLO Provincia de Buenos Aires. Infancia y Adolescencia. [en línea] <<http://www.defensorba.org.ar/infancia-y-adolescencia.php>> [consulta: 7 julio 2014].
38. DEFENSORÍA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Provincia de Santa Fe. Nuestro trabajo. [en línea]

<<http://www.defensorianna.gob.ar/defensoria/nuestro-trabajo.html>> [consulta: 7 julio 2007]

39. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y Adulto Mayor. [en línea] <<http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/2172/Defensor%C3%ADa-Delegada-para-la-Infancia-la-Juventud-y-Adulto-Mayor.htm>> [consulta: 11 septiembre 2014].
40. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. 2006. Artículo 82 Ley 1098, reglamentado por el Decreto Nacional 4840 de 2007 [en línea] <http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1098_2006.pdf> [consulta: 11 septiembre 2014].
41. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. 2013. Resolución 1014 de 2013, adopta el Plan Estratégico de la Defensoría del Pueblo para la vigencia 2013-2016. [en línea] <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/01/Res_1014_PEI_15_%20jul_13.pdf> [consulta: 11 septiembre 2014].
42. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR. ¿Qué es la Defensoría del Pueblo de Ecuador?. [en línea] <http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=57> [consulta: 25 septiembre 2014].
43. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR. ¿Qué es la Defensoría del Pueblo de Ecuador?. [en línea] <http://www.dpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=57> [consulta: 25 septiembre 2014].
44. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Defensoría Delegada Especial: Niñas, Niños y Adolescentes. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/proteccion-de-ninas-ninos-y-adolescentes>> [Consulta: 7 julio 2014].
45. DEFENSORÍA DEL PUEBLO en la República Bolivariana de Venezuela. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.ve/dp/index.php/institucional/defensoria-del-pueblo/rep-bolivariana-de-venezuela>> [consulta: 7 julio 2014].
46. DEFENSORÍA DEL PUEBLO Órgano constitucional autónomo del Estado peruano. Grupo especial de protección: Niños, niñas y adolescentes. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=19>> [consulta: 7 julio 2014].

47. DEFENSORÍA DEL PUEBLO Órgano constitucional autónomo del Estado peruano. Grupo especial de protección: Niños, niñas y adolescentes. [en línea] <<http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=19>> [consulta: 7 julio 2014].
48. DEFENSORÍA DEL PUEBLO República de Panamá. ¿Qué es la Defensoría?. [en línea] <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=3817&Itemid=142> [consulta: 25 septiembre 2014].
49. DEFENSORÍA DEL PUEBLO República de Panamá. Niñez y Adolescencia. [en línea] <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=3743&Itemid=244> [consulta: 25 septiembre 2014].
50. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. La Defensoría. Misión de la Defensoría. [en línea] <http://www.dpp.cl/pag/1/13/la_institucion > [consulta: 14 noviembre 2014].
51. DOSSIER: Los derechos del niño. Boletín de documentación. Boletín de Documentación N° 16 CEPC. [en línea] <<http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>> [consulta: 4 abril 2014].
52. EUROPEAN NETWORK OF OMBUDSPERSONS FOR CHILDREN. Questions and Answers. [en línea] <<http://crinarchive.org/enoc/QandA/index.asp#108>> [consulta: 29 diciembre 2014]
53. MOURE, Ana María. 2004. El Defensor del Pueblo y su establecimiento en Chile. Universidad de Alcalá. Madrid, España. [en línea] <<http://www.ombudsman.cl/pdf/doc-moure.pdf>> [consulta: 26 junio 2014].
54. OFICINA DEL OMBUDSMAN PARA NIÑOS EN ISLANDIA. Información General. [en línea] <<http://barn.is/um-empaettid/upplýsingar-a-erlendum-tungumalum/enska/>> [consulta; 26 septiembre 2014].
55. Oficio N° 6272 de 04 de agosto de 1994, dispone archivo del Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de Justicia y Defensor del Pueblo. [en línea] <www.camara.cl> [consulta: 02 julio de 2014].
56. Oficio N° 2097 de 02 de diciembre de 1994, dispone archivo Proyecto Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo. [en línea] <www.camara.cl> [consulta: 02 julio de 2014].

57. Oficio N° 7798 de 12 de noviembre de 2008, dispone archivo proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano (Boletín N° 3429-07). [en línea] <www.camara.cl> [consulta: 02 julio de 2014].
58. Reglamento Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/4/Rev. 4. 16 de abril de 2013. [En línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&SymbolNo=CRC/C/4> [Consulta: 28 octubre 2014].
59. SENADO. Tramitación de Proyectos. Mensaje Ley 20.680 Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> [consulta: 11 noviembre 2014].
60. SENAME, Ministerio de Justicia. 2011. Línea de acción Oficinas de Protección de derechos de niños, niñas y adolescentes 2012-2014. P. 11. [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p23_22-11-2011/bases_tecnicas_opd_Vida_Nueva.pdf> [consulta: 14 enero 2015].
61. SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Marco Legal. [en línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=11>> [consulta: 16 octubre 2014].
62. SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Marco Legal. [en línea] <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=11>> [consulta: 16 octubre 2014].
63. SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Ley 27.337 Código de los Niños y Adolescentes. [en línea] <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=defaultcodninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> [consulta: 7 julio 2014].
64. UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Chile en 1990. Santiago, Chile. [en línea] <http://unicef.cl/web/convencion/> [consulta: 24 marzo 2014].
65. UNICEF. Informes del Estado de Chile y Observaciones del Comité. [En línea] <<http://unicef.cl/web/informes-comite/>> [Consulta: 15 octubre 2014].
66. UNICEF. Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html> [consulta: 6 octubre 2014].

