

	<p style="text-align: center;">Informe sobre proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez</p> <p style="text-align: center;">Boletín N°10.584-07</p>
---	--

Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 29 de mayo de 2017 - Sesión ordinaria N° 362

1. Resumen

El presente informe trata sobre el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, proyecto que forma parte de una agenda de fortalecimiento del sistema de garantías de los derechos de la niñez y de la institucionalidad en derechos humanos que permita al Estado promover y proteger con especial atención los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Para tales efectos, este informe se subdividirá en una primera parte que contextualizará la Defensoría dentro del marco de un sistema de garantía de derechos de la niñez, su relación con el sistema e institucionalidad más amplio de promoción y protección de los derechos humanos en el país y las experiencias comparadas en torno al establecimiento de Defensorías de la Niñez. Enseguida, se dará un marco teórico de estándares en derechos humanos referidos principalmente a la Convención de los Derechos del Niño, los Principios de París aplicables a las instituciones nacionales de derechos humanos y la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño, titulada “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño” del año 2002. Este marco permitirá, a su turno, analizar el proyecto desde una doble perspectiva: por un lado, dar luces sobre un debate en curso en el mundo, cual es la proliferación de instituciones nacionales de derechos humanos especializadas dentro de un mismo país versus la

conveniencia de concentrar tales funciones en un órgano; y, por el otro, analizar el mérito del proyecto en sí y de su adecuación a los estándares internacionales.

Para finalizar, como es habitual en sus informes, el INDH formulará recomendaciones de carácter general en torno al proyecto de ley en informe.

2. Antecedentes

En 1990 el Estado de Chile ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (La Convención), adquiriendo a partir de ahí una obligación general de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole que resulten necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos por dicha Convención.

La Convención supera la concepción tutelar que existía en relación a los niños, niñas y adolescentes (NNA) antes de su entrada en vigor, reconociéndolos como titulares de los derechos y libertades que los pactos internacionales reconocen a toda persona y estableciendo que su desarrollo integral debe ser protegido de un modo preferente. Esta titularidad pone de manifiesto, asimismo, la necesidad de establecer un sistema que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los NNA.

Bajo estas premisas, el Gobierno presentó al Congreso Nacional, el 21 de septiembre de 2015, un proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez, cuyo objetivo es sentar las bases, principios fundantes y estructura general del sistema, esto es, una ley marco que permita establecer la institucionalidad adscrita al sistema.

El diseño de la nueva institucionalidad incluye una nueva Subsecretaría de la Infancia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Asimismo, tal como fue anunciado en el mensaje del proyecto de Ley de Garantías, el sistema prevé la existencia de un Defensor de la Niñez que contribuya a la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños. El proyecto de ley en análisis aborda este punto, creando una institución autónoma especializada dentro del Estado,

formando parte del entramado más amplio de institucionalidad en derechos humanos del país.

El fundamento primario de esta nueva institución radica, según lo expresado en el mensaje presidencial, en la Convención sobre los Derechos del Niño. El mensaje también puntualiza que,

“El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a nuestro país la creación de un mecanismo independiente y eficaz que vigile la aplicación de la Convención (Observación del Comité sobre los derechos del niño a Chile, en el año 2002, considerando N° 13, en el año 2007, considerando N° 15, y en año 2014, Recomendación N°19). Esta institución, además de formar parte del sistema de garantías de derechos de la niñez, debe constituirse como un observador de las instituciones públicas y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños o niñas, autónomo, que vele por su actuar respetuoso de estos derechos”¹.

3. Experiencia Comparada

Existe en el mundo abundante experiencia en torno al establecimiento de Defensores, Ombudsman o Defensorías de la Niñez. Los diseños institucionales en la materia son variados, pero existen dos grandes criterios. En un primer caso, se crean defensores como instituciones totalmente autónomas de cualquier otro órgano, cuya temática específica es la promoción y protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. De acuerdo a un segundo criterio, los defensores son parte de una estructura y una institución con mandato más amplio, generalmente identificada con los Ombudsperson o las Instituciones o Institutos Nacionales de Derechos Humanos, donde se incorpora especialmente la temática

¹ Mensaje Presidencial N° 003-364 con el que se remite al Congreso Nacional un Proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Boletín N° 10584-07.

e, incluso, en muchas ocasiones la ley determina la designación de un defensor adjunto, dentro de la institución, para temas de la niñez.

De acuerdo a un estudio del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes sobre el estado de oficinas de la niñez en los Estados de Latinoamérica,

“En los 14 Estados en análisis, se ha adoptado el segundo criterio, toda vez que no existe un Defensor u Ombudsman específico y autónomo para los derechos de la niñez, como lo existen en la mayoría de los Estados europeos. Es decir, 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”².

Así, en América Latina es posible visualizar al Defensor de la Niñez como cuerpo especializado, instituido al alero de un Defensor general y/o Instituto Nacional de Derechos Humanos, o bien se confían las facultades y las responsabilidades de la defensoría de los derechos de los NNA a los Defensores Generales.

Mientras, en los países europeos se observa una práctica más variada. La cuestión que se ha planteado en las últimas décadas sobre establecer una institución

² Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la OEA – “Estudio de aproximación sobre el estado de las oficinas de niñez y adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos”, Agosto de 2011, disponible en http://www.iin.oea.org/pdf-iin/2016/10Estudio_Defensorias.pdf

nacional o varias especializadas para abordar temas específicos de derechos humanos ha sido fluctuante, aunque, según lo afirma la doctrina, se va resolviendo en base a un criterio esencialmente pragmático, y no apoyado en principios o estándares internacionales. Así,

“[L]os estándares internacionales y europeos de derechos humanos proporcionan pocos criterios en torno a la elección de múltiples o únicas instituciones [de derechos humanos], lo cual significa que la decisión es eminentemente pragmática. Existen muchas razones para afirmar que una única institución nacional de derechos humanos probablemente será más capaz de promover y proteger los derechos de grupos vulnerables, ya que contará con un marco legal unificado, será efectiva en términos de costos, estará mayormente accesible a quienes necesiten utilizarla, y presentará al público y autoridades un claro [y único] perfil”³.

Cabe mencionar que en el entorno europeo el primer Ombudsman especializado en derechos de los niños fue establecido por Noruega en 1981, al cual siguió un fuerte movimiento impulsado por la Convención sobre los Derechos del Niño. En la última década, en los Estados donde ha existido más de una institución nacional de derechos humanos (como una especialista en derechos de los niños) se observa un movimiento desde la multiplicidad, hacia la unificación y estandarización en instituciones únicas. En el Reino Unido, por ejemplo, el Equality Act de 2006 reemplazó las tres instituciones especializadas en derechos humanos existentes por la Commission for Equality and Human Rights⁴.

³ Ver a este respecto CARVER, Richard – “One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience, Oxford Brookes University. *Journal of Human Rights Practice* Vol. 3, number I, 2011, págs 1 – 24. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁴ “An Act to make provision for the establishment of the Commission for Equality and Human Rights; to dissolve the Equal Opportunities Commission, the Commission for Racial

Movimientos similares se han observado en Suecia⁵, Hungría⁶ y Croacia⁷, entre otros.

Equality and the Disability Rights Commission; to make provision about discrimination on grounds of religion or belief; to enable provision to be made about discrimination on grounds of sexual orientation; to impose duties relating to sex discrimination on persons performing public functions; to amend the Disability Discrimination Act 1995; and for connected purposes.” Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/3/pdfs/ukpga_20060003_en.pdf

⁵ “Recent developments in Sweden have followed a similar pattern to the United Kingdom. In 2008, after a two-year consultation, the Swedish Parliament passed the Discrimination Act. The new Act replaced four specialized ombudsman institutions with a single Equality Ombudsman. The Equal Opportunities Ombudsman, the Ombudsman against Ethnic Discrimination, the Disability Ombudsman and the Ombudsman against Discrimination because of Sexual Orientation were all dissolved. The new institution was created as part of a new law that harmonized the substantive protections against discrimination among the different groups.” Ver CARVER. Op. Cit. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁶ “Hungary provides an interesting example of separate, but connected, specialized ombudsman institutions. Hungary has four such bodies: the Parliamentary Commissioner for Civil Rights, the Parliamentary Commissioner for the Rights of National and Ethnic Minorities, the Parliamentary Commissioner for Data Protection, and the Parliamentary Commissioner for Future Generations. The Law on the Parliamentary Commissioner for Civil Rights provides the general legal basis for all the ombudsman institutions.¹⁰ The different institutions share an office building, with a combined budget, and have some staff in common. They sometimes consider complaints jointly, have issued joint reports, and made joint references to the Constitutional Court” Ver CARVER. Op. Cit. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁷ “Croatia also has multiple national human rights institutions. The oldest of these is the Croatian People's Ombudsman (CPO), which has a general human rights mandate. More recent additions have been ombudsman institutions dealing with children's rights, gender equality and persons with disabilities, the latter created to meet Croatia's obligations under article 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The four institutions were legally entirely separate until the enactment of anti-discrimination legislation that came

4. Estándares de Derechos Humanos

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es uno de los tratados internacionales que cuentan con el mayor número de ratificaciones y países obligados por sus disposiciones⁸, lo que viene a reflejar la importancia que le han dado los Estados a proteger especialmente los derechos humanos de un grupo altamente vulnerado en sus derechos como lo son los niños, niñas y adolescentes. La Convención, como se dijo, marca un antes y un después en la forma de comprender y tratar a la infancia, en tanto se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos subjetivos a los que se les reconoce la aptitud progresiva de ejercerlos por sí mismos y ser oídos. Las Defensorías de la Niñez deberían entonces responder a un nuevo diseño institucional visto bajo el prisma de la Convención, en el entendido que,

“es en ella donde se encuentran las bases teórico-conceptuales que explican la esencia de estas Defensorías, esencia que está definida por la perspectiva de derechos que viene a reemplazar la perspectiva tutelar o asistencial”⁹.

into force in January 2009. This designated the CPO as the ‘equality body’, meaning in effect that it acquired a coordinating role in relation to the other institutions on anti-discrimination matters, as well as having responsibility for reporting. Coincidentally, the CPO was also accredited in 2008 by the International Coordinating Committee of NHRIs. These events prompted the CPO to commission a study to look into the desirability and feasibility of merging the existing bodies into a single national human rights institution, or at least to increase functional coordination” Ver CARVER. Op. Cit. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁸ La Convención sobre los Derechos de los Niños cuenta al 9 de mayo de 2017 con 196 estados parte.

⁹ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la OEA – “Estudio de aproximación sobre el estado de las oficinas de niñez y adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos”, pág. 23.

las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos¹⁰.

Los Principios de París brindan normas mínimas para estas instituciones, tanto respecto a su orgánica y funcionalidad¹¹, como respecto a las actividades que deberían realizar¹². En base a ellos, adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño señala diversas características importantes que se describen a continuación.

¹⁰ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 4.

¹¹ Según los Principios de París, las instituciones nacionales de derechos humanos tendrán: a) Independencia; b) Competencia para promover y proteger los derechos humanos; c) Un mandato amplio, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo; d) Una composición plural tanto en lo que respecta a sus miembros como a sus empleados; e) Miembros designados mediante una ley oficial en la que se establezca la duración específica de su mandato; f) Recursos suficientes para cumplir su mandato y ejercer sus funciones; g) Accesibilidad a las víctimas, posibles y reales, de los infractores de los derechos humanos; h) Una metodología de cooperación con el gobierno, las ONG, las organizaciones del sector privado y los particulares, en el ámbito nacional e internacional.

¹² En lo que respecta a las actividades, en los Principios de París se exige a las instituciones nacionales que: a) Presenten informes sobre la promoción y protección de los derechos humanos; b) Promuevan y aseguren que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva; c) Fomenten la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; d) Colaboren en la redacción de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas y, en su caso, emitan una opinión a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia; e) Cooperen con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones nacionales de otros países; f) Colaboren en la elaboración de programas relativos a la enseñanza e investigación en la esfera de los derechos humanos y participen en su aplicación; g) Den a conocer los derechos humanos

a) Mandato y Facultades

Las instituciones nacionales debieran tener un reconocimiento a lo menos legal, aunque el Comité aboga por uno de tipo constitucional. El reconocimiento de la ley debe ante todo asegurar la autonomía orgánica y funcional del organismo, de manera que pueda ejercer su mandato con independencia.

El Comité de los Derechos del Niño estima que el mandato de estas instituciones debiera ser lo más amplio posible, para promover y proteger los derechos humanos de niños y niñas, incorporando la Convención, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales pertinentes. Las facultades que se le confieran deben ser aquellas necesarias para cumplir el mandato con eficacia, “en particular la facultad de oír a toda persona y obtener cualquier información y documento necesario para valorar las situaciones que sean de su competencia”. Además, las facultades han de comprender la promoción y protección de los derechos de todos los niños “en relación no sólo con el Estado sino también con todas las entidades públicas y privadas pertinentes”¹³.

b) Representación pluralista; nombramientos

De acuerdo a la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño, en la composición de las Defensorías de la Niñez se debe asegurar una representación pluralista de los distintos sectores de la sociedad civil interesados en la promoción y protección de los derechos humanos, participando en su labor, entre otros, “las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos, de lucha contra la discriminación y de defensa de los derechos del niño, incluidas las organizaciones dirigidas por niños y jóvenes; los sindicatos; las organizaciones sociales y profesionales (de médicos, abogados, periodistas,

¹³ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 9.

científicos, etc.); las universidades y expertos, en particular expertos en derechos del niño”¹⁴.

En cuanto a la designación de sus miembros, las Defensorías “deben adoptar un procedimiento de nombramiento apropiado y transparente, en particular un proceso de selección abierto y por concurso”¹⁵.

c) Recursos y fondos

Conforme lo señala el Comité, el mandato de la institución puede carecer de sentido o el ejercicio de sus facultades verse limitado, si ella no dispone de los medios para funcionar eficazmente en el desempeño de sus atribuciones. La suficiencia de los recursos es para el Comité un criterio fundamental a la hora de adoptar la decisión de si crear una institución independiente especializada, o si incluir el mandato dentro de las instituciones nacionales de derechos humanos. Así, el Comité advierte que,

“[c]uando los recursos son limitados, se debe prestar atención a que los recursos disponibles se utilicen con la mayor eficacia posible para la promoción y protección de los derechos humanos de todos, incluidos los niños, y en este contexto probablemente la mejor solución sea crear una institución nacional de mandato amplio cuya labor incluya actividades específicamente dedicadas a los derechos del niño. La estructura de una institución nacional de mandato amplio debería comprender un comisionado especializado o una sección o división específica que se encargara de los derechos del niño”¹⁶.

¹⁴ Ibíd., párrafo 12.

¹⁵ Ibíd., párrafo 12.

¹⁶ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 6.

Por otra parte, en el manejo de los recursos y fondos se debe “estar libre de toda forma de control financiero que pueda afectar su independencia”¹⁷.

d) Facultades y recursos efectivos para hacer frente a las violaciones de los derechos de los niños

Frente a quejas y peticiones individuales, incluyendo la de los/as NNA, por violación a sus derechos, los estándares indican que las Defensorías deben estar facultadas para examinarlas “y llevar a cabo las investigaciones correspondientes”. Para poder practicar eficazmente dichas investigaciones, según el Comité,

“[d]ebe otorgárseles la facultad de interpellar e interrogar a los testigos, tener acceso a las pruebas documentales pertinentes y acceder a los lugares de detención. También les corresponde la obligación de velar por que los niños dispongan de recursos efectivos, asesoramiento independiente, defensa de sus derechos y procedimientos para presentar quejas ante cualquier conculcación de sus derechos. Cuando proceda, las instituciones nacionales de derechos humanos deberían asumir una función de mediación y conciliación en presencia de quejas”¹⁸.

En cuanto a la legitimación activa de las Defensorías, el Comité es enfático en señalar que ellas “deben tener la facultad de prestar apoyo a los niños que acuden a los tribunales de justicia, en particular la facultad de: a) someter en nombre propio casos relativos a cuestiones que afectan a la infancia; y b) intervenir en las causas judiciales para informar al tribunal sobre las cuestiones de derechos humanos involucradas en el caso”¹⁹, esto último ya sea como parte interviniente o en calidad de *amicus curiae*.

¹⁷ Ibíd., párrafo 10.

¹⁸ Ibíd., párrafo 13.

¹⁹ Ibíd., párrafo 14.

e) Otras recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño

En consonancia con el principio de respeto a la opinión del niño recogido por el artículo 12 de la Convención, el Comité indica que debe ser labor esencial de las instituciones nacionales de defensa de los derechos de los/as NNA el de promoverlo, en todo asunto que les afecte, por parte del gobierno y de toda la sociedad. Así,

“Las instituciones deben asegurar que se mantenga un contacto directo con los niños y que éstos participen y sean consultados en la forma adecuada. Por ejemplo, podrían constituirse consejos de niños como órganos consultivos de las instituciones nacionales a fin de facilitar la participación de los niños en los asuntos que les afectan”²⁰.

Otro asunto relevante dice relación con la accesibilidad de las Defensorías a los/as NNA, la que debe estar garantizada al máximo posible “desde los puntos de vista geográfico y físico”. Asimismo, se debe garantizar “el derecho de la institución a tener acceso en condiciones de confidencialidad a todos los niños que son objeto de medidas de tutela o guarda y a todas las instituciones de acogimiento de menores”²¹.

5. Opinión del INDH sobre el proyecto de ley.

En la presente sección se abordarán 6 temas en donde el Instituto Nacional de Derechos Humanos cree prudente opinar, que son esenciales para perfeccionar el proyecto de ley y asegurar una institucionalidad adecuada para la defensa de los derechos del niño y de la niña.

²⁰ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 16.

²¹ *Ibíd.*, párrafo 15.

5.1. Multiplicidad o singularidad de instituciones

Como punto de partida, el INDH considera necesario analizar la creación de la Defensoría de los derechos de la Niñez, en tanto nueva institución autónoma dentro del Estado encargada de promover y proteger los derechos de un grupo particularmente, como una opción diferente a la alternativa observada en la realidad comparada –especialmente Latinoamericana– de fortalecimiento de una institución nacional única que vele, reforzadamente, por los derechos de los/as NNA, con funciones, recursos y accesibilidad perfeccionadas.

En los diseños institucionales nacionales de derechos humanos comparados, se observa una proliferación de organismos especializados –tales como defensorías u Ombudsman de NNA, personas con discapacidad, migrantes, entre otros– cuya existencia se justifica por la debilidad institucional que ha existido en materia de promoción y protección de grupos tradicionalmente discriminados o especialmente vulnerados. Sin embargo, la proliferación de este tipo de instituciones autónomas puede atentar contra la eficacia de las mismas, de no mediar una reflexión profunda que incluya experiencias y aprendizajes, especialmente aquellos producidos desde la instalación de nuestro INDH.

Contar con una institucionalidad eficiente y eficaz que proteja y promueva los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes requiere que dicho mecanismo tenga la suficiente fuerza para cumplir su mandato y para representar antes las autoridades estatales, de cualquier índole; las necesidades en materia de derechos humanos y en consecuencia, ante la eventualidad de que existan varias instituciones con mandatos similares, lo que se requiere es que actúen de manera coordinada entre sí, de tal manera que se asegure la protección y promoción de los derechos humanos.

Además de señalar que la tendencia internacional va en sentido opuesto -esto es, hacia la fusión de institucionalidades autónomas cuando existen más de una, o la creación de un único mecanismo nacional que cuente con defensorías adjuntas- esta multiplicidad dificulta un abordaje transversal de los derechos humanos con

consecuencias que pueden impactar sobre su eficacia y sobre una interpretación consistente de los estándares internacionales en distintos niveles del Estado. Además, la existencia y el abordaje integral de vulneraciones múltiples puede ocultarse bajo la multiplicidad de institucionalidad con enfoque sectorial.

La eventual existencia de varias “puertas de entrada” a las denuncias por afectación de los derechos de las personas es un aspecto a considerar, así como también la existencia de recursos limitados que ponen en cuestión la viabilidad de contar con una institución de presencia nacional, representación regional y con capacidad de accionar oportunamente, tal como lo indican los estándares internacionales, mismos que sugieren una institución única cuando se está frente al caso de recursos claramente escasos.

Respecto al mérito del proyecto, el INDH destaca y valora la idea de legislar sobre esta nueva institucionalidad, ya que es una medida muy concreta del Estado de Chile para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. El proyecto de ley presenta aspectos positivos en relación a los estándares internacionales, sin perjuicio de que nos parece necesario analizar la opción adoptada en términos de generar instancias temáticas y no unificadas en la defensa y promoción de los derechos humanos.

5.2. Principios Rectores

Debe destacarse que el proyecto reconozca como principios rectores para la Defensoría el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva. Estos son también los principios rectores que mandata la Convención sobre los Derechos del Niño. Con esta iniciativa efectivamente la legislación se orienta preferentemente en favor de los/as NNA, en tanto personas titulares de derechos a los que la ley y el Estado deben brindar una adecuada protección.

5.3. Independencia y autonomía

El INDH considera que una opción que da garantías de autonomía de los Poderes del Estado es, sin lugar a dudas, la figura del Defensor de la Niñez como un defensor adjunto dentro del INDH, dado que el Instituto es un organismo que se rige plenamente por los Principios de París y se encuentra acreditado por Naciones Unidas en esa calidad. De manera interna, se podría pensar en una desconcentración del Defensor dentro del Instituto, estableciendo por ejemplo un presupuesto propio separado, tal como se piensa en el proyecto de ley sobre Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT).

No obstante –habiéndose optado por un organismo independiente al INDH– destacamos que el diseño institucional tiende a garantizar, acorde a los estándares internacionales, su independencia. El establecimiento de la Defensoría como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, es una muestra de ello.

La autonomía e independencia son dos de las características principales para que una institución a cargo de la promoción y protección sea eficaz. Se pueden cumplir un conjunto de otras disposiciones de los Principios de París, pero si no es independiente y autónoma, su labor se verá fuertemente disminuida. Tanto la autonomía como la independencia tienen varias dimensiones. Con relación a la autonomía, se requiere que tenga personalidad jurídica propia y actuar de manera independiente, es decir, autonomía jurídica. También se requiere que tenga autonomía operacional que le permita elaborar sus propias normas internas y que ninguna autoridad externa pueda modificar a su arbitrio. Una tercera dimensión de la autonomía, es la financiera; expresada en contar con recursos suficientes para el desempeño de sus funciones, para contar con una dotación de personal suficiente y locales en distintos lugares y que, además, puede tener el control sobre sus recursos.

La independencia, de igual manera, es un elemento que presenta varias dimensiones, destacándose la independencia en el nombramiento y destitución,

requiriéndose que estén presentes en la regulación constitucional o en la ley que crea la respectiva institución de promoción y protección. De igual manera, se requiere independencia a través del fuero de sus miembros, en todas las actuaciones civiles o penales por las acciones o actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales.; de tal manera que no sufran represalias por parte de sus autoridades.

Por otra parte, el proyecto de ley destaca la necesidad de fortalecer la coordinación con otras instituciones afines a la promoción y protección de los derechos humanos, tales como el INDH.

De mantenerse el Defensor como ente separado, el INDH considera necesario resaltar la importancia que reviste mantener el sistema de nombramiento original que contenía el proyecto de ley, esto es, una propuesta de candidato/a formulada por el INDH, a partir de un concurso público, a ser ratificado por el Senado. Esta fórmula es la que mejor garantizaría una independencia política del Defensor de la Niñez.

5.4. Actores relevantes

La representación pluralista de diversos sectores de la sociedad, así como la expresión de la voz y opinión de los NNA en los asuntos que les conciernen, se encuentra garantizado en el diseño institucional propuesto, el que considera un Consejo Consultivo que los integra, sin perjuicio de que su forma de funcionamiento queda entregada a los futuros estatutos de la Defensoría.

5.5. Legitimación activa

Como se puede apreciar de los estándares internacionales, las recomendaciones no limitan en absoluto la legitimación activa de las Defensorías de la Niñez en materias de infancia, precisamente para dotarlas de eficacia en la promoción y protección de los derechos de los niños, en armonía con los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos aplicables

El INDH estima que la Defensoría debe ser capaz de emprender, en un sentido amplio, procedimientos judiciales para reivindicar los derechos del niño en el Estado o brindar a los niños asistencia judicial, cuando los procedimientos regulares se han agotado.

Sin embargo, no se debe confundir la legitimación activa que se le otorga a la Defensoría, con la necesidad de desarrollar una normativa e institucionalidad que garantice el acceso a la justicia a los niños, niñas y adolescentes, cuestión de otra magnitud y complejidad.

El INDH destaca el artículo 16 del proyecto de ley en análisis, toda vez que establece una legitimación activa especial, reservándose excepcionalmente la facultad de presentar querellas “en causas que involucren un interés social relevante y exijan pronta solución por su gravedad e importancia para los derechos de niños y niñas” en caso de delitos de sustracción de menores, violación, estupro y otros delitos sexuales, homicidio, infanticidio y lesiones corporales. El INDH considera que el proyecto de ley se encuentra en conformidad con los estándares internacionales en este aspecto, otorgando a la Defensoría una legitimación activa específica para casos emblemáticos que pueden tener un positivo efecto en el tratamiento general de las materias que se presenten ante la judicatura.

La Defensoría de la Niñez debe tener una doble dimensión en sus actuaciones; por una parte, la autoridad general para proteger y promover los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y la autoridad concreta o específica para examinar todas las situaciones particulares.

5.6. Marco jurídico apropiado

La existencia de una institucionalidad en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos no será eficaz en la medida que no exista un marco jurídico adecuado que incluya un sistema de garantías de la niñez, una Subsecretaría de la Niñez, un Servicio Nacional de protección especializada de

niños y niñas y un Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Conjuntamente con estas normas específicas en materia de niños, niñas y niños se requiere que existan leyes antidiscriminación generales.

6. Conclusiones

1. Independiente del modelo institucional que se adopte, el INDH valora la iniciativa de legislar sobre una Defensoría de los Derechos de la Niñez en consonancia con las obligaciones internacionales adquiridas por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Ello redundará en una mayor difusión, promoción y protección de los derechos que son titulares los niños, niñas y adolescentes del país.

2. El INDH llama a reflexionar sobre el modelo institucional propuesto, en función de la eficacia del organismo. Tanto la tendencia comparada, como las observaciones del Comité de los Derechos del Niño, recomiendan el camino de la unificación de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, o el fortalecimiento de las existentes mediando la creación de un defensor adjunto de los derechos de la niñez, especialmente tomando en consideración asuntos presupuestarios, de coordinación e interpretación consistente de los estándares internacionales en el país.

Debe considerarse también que la premura de los problemas que deberá abordar la nueva institución haría recomendable que ella se beneficiara del arraigo, legitimidad y autonomía que el INDH ha logrado consolidar desde su instalación.

Por estos motivos, se invita a los poderes colegisladores a evaluar la posibilidad de que el Defensor sea creado bajo el alero institucional del INDH.

3. El INDH llama a que se reflexione sobre el estándar internacional más amplio de legitimación activa del Defensor, consistente en como lo ha

indicado el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N°2 en “someter en nombre propio casos, relativos a cuestiones que afectan a la infancia”, es decir, en poder representar judicialmente a los/as NAA en la defensa de sus derechos de una manera mucho más amplia en armonía con los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos aplicables. El INDH destaca que no deben confundirse el mandato de la futura Defensoría de los derechos de la niñez con el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes. La Defensoría podrá desempeñar un rol relevante en acciones de carácter emblemático en aras de instar al Estado a la adopción de medidas y políticas pertinentes para asegurar el efectivo respeto de los derechos de los niños, niñas adolescentes en armonía con los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos aplicables. Otra cuestión es la necesidad de adoptar medidas a nivel institucional y normativo para garantizar el acceso efectivo de todos los niños, niñas y adolescentes a la justicia.