



REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de
Chile
Chile

RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC
EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN CHILE: HACIA UN
VERDADERO GARANTE DE SU INTERÉS SUPERIOR
Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 255-306
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN CHILE: HACIA UN VERDADERO GARANTE DE SU INTERÉS SUPERIOR*

THE CHILDREN’S OMBUDSMAN IN CHILE:
TO THE BEST CHILD’S INTEREST GUARANTOR

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ**

Universidad de Talca

iravetllat@utalca.cl

RESUMEN: El objetivo fundamental de este estudio se centra en relatar la forma en cómo se originaron los organismos oficiales independientes establecidos para promover, a la par que proteger, los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Los conocidos como Ombudsman para la Infancia o Defensores de los Derechos de la Niñez han adoptado a lo largo de su corta, aunque intensa historia, distintos modelos de desarrollo, mandato y posición. Asimismo, este tipo de organismos, verdaderos garantes del interés superior del niño, deben presentar una serie de características o principios esenciales que, con independencia de su particular forma de constitución, respondan, en todo caso, a lograr que las voces de los niños, niñas y adolescentes sean no sólo escuchadas, sino, y en eso radica su verdadera significación, tomadas en consideración.

La forma en como este Comisionado por los Derechos del Niño y la Niña irrumpa, evolucione y se consolide en el marco de la nueva legislación chilena en materia de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia puede marcar un hito relevante a nivel nacional y significar el impulso definitivo para consolidar en nuestro país un verdadero enfoque de derechos humanos para, por y con los niños, niñas y adolescentes.

ABSTRACT: The main objective of this study focuses on how to relate how independent official bodies established to promote, at the same time protect the rights and interests of children and adolescents originated. Ombudsman known as Children’s or children’s advocates have taken over his short but intense history, different development models, mandate and position. Furthermore, they also present a number

* Trabajo recibido el 28 de junio de 2016 y aprobado el 24 de mayo de 2017.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11150135, “La irrupción, configuración y desarrollo del concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño en el Derecho civil chileno a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño”, del cual el autor es investigador responsable.

** Profesor Asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctor y Magíster en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Vocal del Observatorio de la Infancia de la Generalitat de Cataluña (España). Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

of essential features, beyond their particular form of constitution, must, in any event, be respected, very particularly ensure that children's voices are not only heard, but, in that is its true significance considered.

The way in which this institution onset, evolve and consolidate in the context of the new Chilean legislation guarantees the rights of children and adolescents can make a significant into nationally and mean the final push to consolidate in Spain a true human rights approach to, for and with children and adolescents.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño, Ombudsman infantil, Convención sobre los Derechos del Niño, Participación, Derechos Humanos, Defensor de los Derechos de la Niñez.

KEYWORDS: Best interest of the child, Children's Ombudsman, Convention on the Rights of the Child, Participation, Human rights, Defender of the Children's Rights.

INTRODUCCIÓN

Siempre han existido defensores de la infancia¹. Alfredo Carlo Moro nos recuerda que a lo largo de la historia, incluso en los momentos de mayor virulencia contra el sector poblacional más joven, pueden identificarse personajes que, con sus actos, representan claros testimonios de amor, protección y respeto hacia los niños, niñas y adolescentes². Un listado rápido y de corte meramente ejemplificativo incluiría personalidades de la talla de San Vicente de Paul, con su ingente tarea de dar cobijo a la niñez desahuciada; o Pestalozzi, más conocido como el educador del pueblo; y que decir de Eglantyne Jebb³, incansable luchadora en pro de los derechos de la

¹ El término Ombudsman (Defensor) es un vocablo de origen escandinavo, por lo que, por regla general, no suele sustituirse, ni tan siquiera alternarse, por el de Ombudsperson (persona que defiende: defensor/a), a pesar de que en este último de los casos, el hacer uso un concepto neutro nos permitiría dejar al margen cualquier sesgo o referencia a una cuestión vinculada con el género. De hecho, tal y como tendremos la oportunidad de relatar ulteriormente en este mismo estudio, la primera persona nombrada para ocupar un cargo de estas características, la noruega Málfrid Flekkoy, señaló que la mentada noción, Ombudsman, es utilizada habitualmente sin ningún tipo de connotación o sesgo específico de género. FLEKKOY (1991), p. 18. En este mismo sentido se pronuncia el Unicef Innocenti Research Centre al mencionar expresamente que “Unicef generally uses the term Ombudsman (singular) or Ombudsmen (plural). This Swedish word does not necessarily define the individual concerned as either male or female and may refer to an office or function, rather than to any particular person”. UNICEF. OFICINA DE INVESTIGACIÓN, INNOCENTI (2001), p. 2.

² Cfr. MORO (1992), p. 27.

³ Tal y como nos detalla Cots, la británica Eglantyne Jebb fundó el año 1919 la organización no gubernamental Save the Children Fund (SCF) y promovió sólo un año después la creación de la Union Internationale de Secours Aux Enfants (UISE). COTS (1979), pp. 91-92. Por su parte, Faubell nos relata la forma como Eglantyne Jebb fue enjuiciada por la sociedad inglesa de la época. En este sentido, el bloqueo económico impuesto por los aliados a los vencidos en la I Guerra Mundial fue el origen del juicio que el Tribunal de Mandion House, Londres, llevó a cabo contra la ideóloga y redactora de la primera Carta Internacional de los Derechos del Niño. Ésta publicó sin permiso del censor e hizo distribuir una octavilla con la fotografía de un niño austríaco extenuado. Como ese morían de hambre en Europa a consecuencia del mentado bloqueo

infancia durante el período de entreguerras y que nos dejó como legado la primera Carta Internacional de los Derechos del Niño⁴; o el insigne Janusz Korczak, asesinado en Treblinka junto con los doscientos niños y niñas de su orfanato a los que no quiso abandonar a su suerte frente al verdugo nazi⁵; o Nicholas Winton, filántropo británico que salvó de una muerte segura, y en el más absoluto de los anonimatos, a centenares de niños judíos, financiando su partida hacia tierras británicas la víspera de la invasión nazi de Checoslovaquia⁶. La enumeración podría ser interminable.

Ahora bien, sin desmerecer un ápice la obra individual de las celebridades apuntadas *ut supra*, entendemos que para poder afirmar encontrarnos realmente ante un sistema ordenado, en cualquiera de sus modalidades, de defensoría de la niñez es del todo imprescindible, como requisito *sine qua non*, que se den una serie de condicionantes previos; requisitos estos sin los cuales una institución como la apuntada es poco probable que nazca, y en caso de hacerlo, que se mantenga.

En efecto, primeramente debe reconocerse clara y abiertamente, sin limitación alguna, que niños, niñas y adolescentes son sujetos titulares de derechos, tanto civiles como sociales; en segundo término, alcanzar el pleno convencimiento, social y jurídico, de que son seres competentes, y que, en consecuencia, de acuerdo con su edad y estado madurez (principio de la capacidad progresiva) pueden ejercerlos de manera autónoma⁷; en tercer lugar, lograr que el clásico concepto de protección mute definitivamente y abandone su tradicional mirada unidireccional y adulto-céntrica,

más de cuatro millones de pequeños. El Tribunal declaró culpable a la acusada y la multó con cinco libras. Pero el juicio fue la mejor publicidad para Save the Children Fund que pronto logró enviar a Viena gran cantidad de ayuda. FAUBELL (1990), p. 60.

⁴ La Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE) vio la necesidad de una Carta que pudiera ser comprendida y aceptada por todos los países y que fuera fácilmente traducible a todos los idiomas, destinada a llamar la atención general y provocar una transformación de las leyes y la reforma de las costumbres. Los trabajos preparatorios resultaron largos y laboriosos. Dos proyectos se entregaron finalmente el 17 de mayo de 1923 al Comité de la UISE. Una fórmula era larga y detallada; mientras que la otra era más breve y concisa. Era necesario escoger. Tal elección corrió a cargo de Eglatyne Jebb, quien se decantó por la segunda opción, más vigorosa y contundente. Sugirió, asimismo, que se adoptase el título de Declaración de Ginebra, se introdujera un Preámbulo explicativo al texto, y, por último, se precisaran las principales directrices que debían informar a partir de ese preciso instante toda intervención con niños, niñas y adolescentes. RAVETLLAT (2015), pp. 65-66.

⁵ La obra de Korczak, también conocido como *Stary Doctor* (el Viejo Doctor), en el gueto de Varsovia al frente del Hogar de los Huérfanos (*Dom Siero*) que él mismo fundó y dirigió, puede verse en KORCZAK (1999), pp. 1-125.

⁶ Para conocer en profundidad la vida y obra de este defensor anónimo de los derechos de la niñez *vid.* WINTON (2014), pp. 1-296; y EMMANUEL & GISSING (2001), pp. 1-189.

⁷ Cfr. RAVETLLAT (2014), pp. 739-40 y LATHROP (2013), pp. 939-941.

para transformarse en un modelo transversal, integral e inclusivo⁸; y, por último, aceptar, de una vez por todas, que los derechos de la infancia nada tienen que ver con una cuestión de favor, de merced o de caridad, sino que, por el contrario, se configuran como una verdadera fuente de obligaciones legales, a la par que se erigen como un sistema de responsabilidades públicas y privadas en pro del grupo etario que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad⁹. En otras palabras, debe pasarse del amor al respeto, y es precisamente de la mano de esta última noción que debiera introducirse y estructurarse en Chile una institución del tipo y las características del Ombudsman, o si se prefiere del Ombudsperson, para la infancia¹⁰.

Ciertamente, a causa de su consideración como ciudadanos “en potencia” o “en preparación”, niños, niñas y adolescentes han estado históricamente marginados del acceso a las instituciones, así como de los procesos de toma de decisiones, tanto en la esfera privada como en la pública¹¹. En consecuencia, no será hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989) que la persona menor de edad se estatuye como un ser en desarrollo pero sujeto de derechos¹², y no sólo de derechos pasivos, es decir, a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho a ser oído en todo aquello que le afecte de manera directa o indirecta. Se reconoce, pues, al niño/a, al menos tendencialmente,

⁸ Tradicionalmente la percepción que se tenía de los/as niños/as se caracterizaba por considerarlos como seres incapaces, dependientes, faltos de poder y silenciosos, políticamente hablando. Así, la intervención del mundo adulto en la vida de los niños, niñas y adolescentes a menudo se basaba en conceptos como la caridad, la protección, la necesidad de aislarlos del mundo adulto y todo ello presidido por la idea de que debían ser vistos pero no oídos. La Convención sobre los Derechos del Niño ha desafiado esas visiones enfatizando la dignidad de la infancia y la adolescencia, su competencia, resiliencia y el derecho a que sus opiniones sean escuchadas y tenidas en cuenta. SAVE THE CHILDREN (2000), p. 26.

⁹ Cfr. CASAS (1998), p. 67; BARTLETT & HART (2001), p. 5.

¹⁰ Cfr. TOSCHI (1997), p. 112.

¹¹ Janusz Korczak ya defendía férreamente el derecho del niño a vivir el presente. KORCZAK (1999), p. 92. En caso contrario, nos atrevemos a añadir, si hablamos de los niños y niñas como los ciudadanos del futuro dejaría de tener sentido y utilidad un texto como la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹² Para la sociología de la infancia, señala Lourdes Gaitán, los/as niños/as, no importa su edad, son personas con sus propios derechos, gente con características y habilidades específicas que deben ser apreciadas y respetadas por sus semejantes (adultos). Con ello se nos ofrece una visión opuesta a la de los/as niños/as como objetos para los adultos. Esta nueva perspectiva, además de no negar la necesidad de protección especial de las personas menores de edad, lo hace sin detrimento a su derecho a compartir y participar en la vida social. GAITÁN (2006), p. 28.

como un semejante y, en consecuencia, como portador de los mismos derechos-libertades que el adulto. Dicho de otro modo, cabe decir que la Convención pone fin al viejo axioma de contemplar a la niñez como los *aún-no* (aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no competentes, aún-no fiables, aún-no con los mismos derechos, aún-no dignos de ser escuchados)¹³, contrapuesta a la categoría de los adultos representada por la idea de los *ya-sí*¹⁴.

Aceptar al niño, niña y adolescente como una persona y como un ciudadano no implica, en ningún caso, cuestionar ni poner en entredicho la autoridad de los adultos, sino reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes a estar presentes, a decir que piensan, en función de sus características evolutivas¹⁵, en la toma de aquellas decisiones que les afecten¹⁶ y enfatizando, en todo caso, que el rol que tiene el adulto es el de llevar a cabo una misión de acompañamiento, promoción y educación. Una infancia y adolescencia protagonista implica necesariamente la participación activa de la niñez en su entorno vital más cercano¹⁷.

¹³ Cfr. ARCHARD (1993), p. 30; CASAS & SAVORITI (2005), p. 11; NEWELL (2000), p. 136, y POZZA (2000), pp. 147-148.

¹⁴ Cfr. VERHELLEN (1997), p. 16 y CASAS (1998), p. 33. Por su parte, Christiane Rochefort afirma que históricamente los adultos hablan por los niños, como los blancos hablaban antes por los negros, y los hombres por las mujeres. Es decir, por arriba y desde fuera. ROCHEFORT (1982), p. 5. También, John Dewey sostiene que nuestra tendencia a tomar la inmadurez como una mera falta y el crecimiento como algo que llena el vacío entre lo maduro y lo inmaduro, es debido a considerar a la infancia comparativamente con los adultos y no de manera intrínseca. Concluye este autor afirmando que tomada en absoluto, en vez de comparativamente, la inmadurez designa una fuerza o habilidad positiva: el poder de crecimiento. DEWEY (1971), pp. 51-52.

¹⁵ Cfr. O'CALLAGHAN (1991), pp. 165-166.

¹⁶ Durante demasiado tiempo la infancia y la adolescencia se han venido manteniendo absolutamente al margen de las instituciones y de los procesos de toma de decisiones. Todavía en la actualidad, en no pocas ocasiones, en el ámbito del análisis e investigación social, la niñez resta embebida, se fusiona con la institución familiar (categoría que suele hacer referencia principalmente a los progenitores y sus circunstancias), hasta el punto de constituir una unidad inseparable de ella; aspecto este que dificulta la visibilidad de su parte más débil como entidad con autonomía propia. MAKRIMIOTI (1994), p. 112. De esta misma línea de pensamiento es Mary John, quien sostiene que la información relativa a la infancia es dispersa, ya que se recoge pensando en la perspectiva de la familia, de la escuela, de las actividades y oportunidades de la mujer, de los intereses profesionales o burocráticos, y es en definitiva adultocéntrica. JOHN (2003), pp. 75-76 y 80. Por su parte, Jaques Commaille considera que hay que esperar hasta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 para que el niño sea considerado como un individuo distinto, autónomo, en contraposición con la situación anterior que siempre lo consideraba como un integrante inseparable de la familia. COMMAILLE (2004), p. 26. Finalmente, M. Isabel Álvarez prescribe que poco a poco se va desvinculando la política social de infancia de la política familiar que abarca a todas las familias y no sólo a las que presentan situaciones de riesgo o desamparo. ÁLVAREZ (2006), pp. 174-175.

¹⁷ Apunta Ferrán Casas, que en las relaciones entre padres e hijos se pueden observar diferentes situaciones que dan lugar a distintos niveles de participación de los niños/as, que también podemos tener en cuenta los

Ahora bien, escuchar e incluir su voz no significa apoyar acríticamente sus opiniones, sino entablar un diálogo respetuoso en el que los niños, niñas y adolescentes se integren como sujetos activos en sus comunidades¹⁸.

Pues bien, es precisamente en este contexto en el que una institución del estilo del Defensor de los Derechos de la Niñez debiera representar una de las fuentes más dinámicas y activas en el desarrollo de políticas y proyectos participativos dirigidos a la infancia y la adolescencia. Así, esta figura debiera desempeñar un rol significativo no únicamente asegurando una aplicación efectiva de los derechos ya reconocidos por la ley a niños, niñas y adolescentes, sino también llevar a cabo los esfuerzos necesarios para visibilizar, difundir y promover el respeto integral de los derechos humanos de este colectivo de ciudadanos; y ello contando con la directa colaboración de los propios niños, niñas y adolescentes.

El Estado chileno, tal y como se ha encargado de recordarnos el propio Comité de los Derechos del Niño en sus recomendaciones finales tras el examen de los Informes periódicos cuarto y quinto, de octubre de 2015¹⁹, está claramente al debe en esta cuestión. En este sentido, el Comité ginebrino reitera (como ya lo hiciera en sus Observaciones finales cursadas anteriormente al Estado chileno²⁰) su sugerencia de que el Estado Parte, entiéndase Chile, establezca una institución de derechos humanos nacional independiente y que, a la luz de su Observación General N° 2, sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño²¹ y los Principios de París²², extienda su presencia a todo el territorio nacional, en

adultos en la vida social, cuando nos relacionamos con ellos y ellas. Estos siete niveles son: estar informado/a; ser escuchado/a; ser consultado/a; dialogar decisiones; negociar y conseguir consensos en las decisiones; compartir decisiones; y, aceptar y respetar las decisiones del niño/a. CASAS (2007), p. 8.

¹⁸ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009): Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009 - Documento CRC/C/CG/12.

¹⁹ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2015): Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, octubre de 2015 - Documento CRC/C/CHL/CO/4-5, párrs.18 y 19.

²⁰ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007): Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado chileno, de 23 de abril de 2007 - Documento CRC/C/CHL/CO/3, párrs. 14 y 15.

²¹ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2002): Observación General N° 2: El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, de 15 de noviembre de 2002 - Documento CRC/CG/2002/2.

²² Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1993): principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Principios de París), de 20 de diciembre de 1993 - Resolución A/RES/48/134. Patricia Miranda, en clara referencia a los Principios de

particular a las zonas más vulnerables, a fin y efecto de garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes puedan acceder fácilmente a este mecanismo de denuncia autónomo en caso de que sus derechos sean contrariados.

En el presente artículo procedemos a un análisis sosegado de cuáles han sido los orígenes históricos de una institución de derechos humanos como la apuntada, así como al estudio del proceso de implantación y desarrollo, tanto a nivel europeo como del continente americano del *Ombudsman for Children*. Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, nos parece oportuno profundizar en los diferentes modelos y principios que deben inspirar la creación y funcionamiento de un Defensor de los Derechos de la Niñez; para de este modo, valorar cuál de ellos se adaptaría mejor a la realidad chilena. Asimismo, a lo largo de todo el texto iremos haciendo referencia al Proyecto de Ley, en virtud del cual se crea la Defensoría de la Niñez en Chile, de marzo de 2016 (Boletín N° 10.584-07), para de este modo valorar si el camino emprendido en Chile es acorde o no con los parámetros generales exigidos para su puesta en práctica, así como con el principio rector llamado a informar no sólo su creación sino también, y en mayor medida, su actividad, cual es el interés superior del niño.

Por último afirmar que las instituciones independientes no sólo nos permiten vislumbrar el carácter de la infancia y la adolescencia en un país determinado, sino también el modo en que los adultos, sus políticas, planes y legislaciones, realmente ven y respetan sus derechos²³.

1. ORÍGENES DE LA INSTITUCIÓN Y SU POSTERIOR EXPANSIÓN

1.1. *Aparición de la figura del Ombudsman for Children: tradición escandinava*

El concepto de organismos generales independientes encargados de supervisar las acciones del gobierno y resto de poderes públicos en defensa de los derechos individuales de los ciudadanos (no centrados exclusivamente en la

París, afirma que si bien es cierto que la Observación N° 2 del Comité de los Derechos del Niño (2002) se fundamenta en esta Resolución de las Naciones Unidas, la misma presenta una serie de elementos novedosos y distintos, que reflejan las características y competencias institucionales particulares que debe exhibir el Defensor de la Infancia. Entre tales conceptos particulares cabe destacar, según la autora, la defensa de los intereses del niño/a y la importancia de su participación, los mecanismos obligatorios (y no opcionales de defensa), el control sobre instituciones privadas (y no sólo públicas), la accesibilidad geográfica y física para todos los niños, niñas y adolescentes, entre otras. MIRANDA (2015), p. 8.

²³ Cfr. UNICEF (2012), p. 4.

niñez y la adolescencia) encuentra su origen en Suecia, país donde se nombró al primer Defensor en 1809²⁴, seguido por Finlandia (1919), Dinamarca (1955) y Noruega (1962)²⁵.

Ahora bien, aunque tradicionalmente estos primeros Defensores o Comisionados generales no impidieron a las personas menores de edad acceder a sus servicios, tampoco se dedicaron de forma explícita a las temáticas vinculadas de forma más cercana con los niños, niñas y adolescentes. Es más, esos primeros Ombudsman raramente se dieron a conocer a través de vías o mecanismos que hoy en día calificaríamos como de “amigables” para la infancia y la adolescencia, así como tampoco tomaron las medidas necesarias para facilitar a este sector poblacional el tener acceso a sus servicios²⁶.

Fue precisamente en ese contexto de actuación que Noruega, sin aguardar a la aprobación del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, y visualizando la imperante necesidad de crear una figura especializada en la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia, tomó la iniciativa y designó la que ha sido considerada, al menos de forma oficial, como la primera defensora o comisionada por los derechos del niño, la psicóloga Málfrid Grude Flekkoy. La institución se creó por una Ley del Parlamento noruego (Ley de 6 de marzo de 1981): fue ésta una norma sencilla, breve y directa, de tan sólo siete puntos, inmediatamente desarrollada por un Real Decreto de 11 de septiembre del mismo año.

²⁴ Ombudsman era originalmente una palabra sueca que significaba representante o agente del pueblo o de un grupo social. En el mundo anglosajón se tradujo este término en la mayoría de los casos como “Comisionado parlamentario para la administración” y este fue el título oficial empleado, por ejemplo, por el legislador al crear la institución en Nueva Zelanda y Gran Bretaña. El antecedente inmediato del Ombudsman surge en Suecia a principios del siglo XVIII, cuando el Rey Carlos XII instituyó, mediante la Orden de Cancillería de 26 de octubre de 1713, la figura del Comisario Supremo del Rey (*Konungens Högsta Ombudsmänem*). Más tarde, este cargo pasaría a denominarse Canciller de Justicia (*Justitie-Kansler*), y al igual que el primero, su designación seguía correspondiendo al rey. No obstante, en algún momento entre 1766 y 1772, el titular de esta figura —que hasta entonces había sido cargo de confianza del rey—, pasó a ser designado por el Poder Legislativo. Así, el *justieombudsman* fue creado por primera vez como comisionado del Parlamento en la Constitución sueca de 1809, situándose como el verdadero predecesor del Ombudsman. ROWAT (1985), p. 3; NOGUEIRA (1987), pp. 14-59; ALFARO (1991), pp. 61-70; CARBALLO (2003), pp. 29-32; CORCHETE (2001), pp. 62-65; ANGUITA (2006), pp. 24-25; SENEVIRATNE (2002), pp. 1-3; y LEGRAND (1970), pp. 21-34.

²⁵ Cfr. CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO DE UNICEF (1999), p. 2.

²⁶ En muchos países, y eso acaecía también en los países del Norte de Europa durante esos momentos, la responsabilidad hacia los niños y niñas se encontraba dividida entre distintos ministerios y departamentos, con poca comunicación e interrelación entre ellos, fracasando el desarrollo de servicios integrados y desconociéndose su impacto global sobre el propio colectivo implicado.

Que fuera Noruega la precursora de esta figura no es una cuestión baladí. La sociedad noruega contaba ya con unos antecedentes más que remarcables sobre la materia. Así, este país escandinavo ya había aprobado en 1896 su primera Ley de Protección a la Niñez, y dos décadas más tarde, concretamente en 1915, hizo lo propio con una Ley del Niño, conocida como la *Ley Castberg* en clara alusión al Ministro de Justicia y Asuntos Sociales que la impulsó²⁷.

Así las cosas, la aprobación de la Ley del Parlamento Noruego de 6 de marzo de 1981, al igual que sucediere con su reglamento de desarrollo, no estuvieron exentas de polémica. Como la propia Málfrid Grude Flekkoy manifiesta, varias fueron las críticas que recayeron sobre la institución del Ombudsman for Children noruego²⁸: en primer lugar, se temía que fuera una amenaza para la autoridad paterna, es decir, que incidiera en su desautorización; en segundo término, se proclamaba que podía representar la excusa perfecta para que las instituciones y servicios ya existentes en materia de infancia se despojaran de sus responsabilidades para con los niños, niñas y adolescentes; un tercer argumento esgrimido, directamente vinculado con el anterior, hacía alusión expresa a la circunstancia de que los recursos serían mejor aprovechados si se destinaban a reforzar los servicios ya existentes, en vez de derivarlos a una instancia de nueva generación; y, por último, se acusaba a esta iniciativa de introducir un nuevo nivel de burocratización en el sistema²⁹.

²⁷ Tras Noruega, vinieron Australia, Finlandia y Costa Rica (1981). Posteriormente, en 1996 se nombró el Ombudsman parlamentario en Suecia y el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid (España); en 1997 se hizo lo propio con el Adjunto para la Defensa de los Derechos de la Infancia en Cataluña (España); y en años venideros se creó la figura en la Federación Rusa, Comunidad flamenca de Bélgica, Francia, Gales, Polonia, Macedonia, Lituania, Georgia y Grecia. Además, entre 1995 y 1996 el Comité de los Derechos del Niño de Ginebra, si bien todavía no de forma sistemática, empezó a sugerir a los Estados parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, en las recomendaciones subsiguientes al examen de los informes por estos presentados, que establecieran una institución independiente para la defensa de los derechos de la infancia. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño en sus Orientaciones Generales respecto de la forma y contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1996) establece que “los Estados deben proporcionar información sobre cualquier órgano independiente establecido para promover y proteger los derechos del niño”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1996). Este documento fue modernizado y modificado por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2010, durante su cincuenta y cinco período de sesiones celebrado, del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2010).

²⁸ Cfr. FLEKKOY (1990), p. 12.

²⁹ Tan cuestionada fue inicialmente la figura en Noruega, que cuando Maalfrid G. Flekkoy agotó sus dos mandatos al frente de la institución, el Parlamento noruego se planteó incluso la posibilidad de abolir la figura. No obstante, antes de tomar tan drástica decisión la cámara legislativa noruega decidió someter a la oficina del Ombudsman for Children a una evaluación. Este proceso valorativo fue liderado por el entonces Ministerio de la Familia y del Consumo –actual Ministerio para la Infancia y la Familia– el que encargó a

Por lo que a las funciones que le fueron inicialmente asignadas se refiere, su normativa de creación hacía mención expresa a las de “promover los intereses de los niños/as frente a las autoridades públicas y privadas, y supervisar el desarrollo de las condiciones en las que éstos/as crecen”. Las únicas restricciones a su actividad estaban referidas, y lo siguen estando en la actualidad, a su intervención en conflictos familiares o temas que ya hayan sido o estén siendo juzgados ante un tribunal de justicia. Se le confirió, además, el derecho de acceso a todo documento relacionado con cualquier asunto que afectase a un niño o niña tutelado por las autoridades públicas, así como de acceder a los espacios e instalaciones públicos o privados de atención a la infancia³⁰.

Tras Noruega, el 20 de noviembre de 1981, le tocó el turno a Finlandia. En este caso, a diferencia de lo ocurrido unos meses antes en Noruega, la entidad promotora fue una organización de la sociedad civil, concretamente la *Mannerheim League for Child Welfare*. Algo similar fue también lo acaecido inicialmente en Suecia, donde durante largo tiempo actuaron seis Ombudsman para niños designados por una organización no gubernamental (ONG), la prestigiosa Rädde Barnen (Save the Children sueca): se trataba de pediatras, sociólogos o psicólogos expertos en cuestiones vinculadas con los derechos de la niñez. Finalmente, un Ombudsman parlamentario se estableció formalmente en este país del norte de Europa en 1993, tomando como modelo el ejemplo noruego. La ratificación por parte del gobierno sueco de la Convención sobre los Derechos del Niño contribuyó, definitivamente, a la puesta en práctica de una figura del estilo de la apuntada. También en Dinamarca

un experto norteamericano, Gary B. Melton, esa tarea. Además, un instituto de opinión pública realizó una encuesta entre los ciudadanos noruegos para medir el nivel de impacto de la obra de Flekkoy, los resultados principales de la misma son los resumidos acto seguido: 1) el Defensor del Niño se había convertido en una voz autorizada de la infancia y la adolescencia; 2) el Ombudsman for Children también se había convertido en una institución importante y respetada por los progenitores, debido a que niños, niñas y adolescentes y familias no pueden considerarse por separado; 3) la oficina se mostraba eficiente a pesar de lo reducido de su presupuesto; 4) un número apreciable de propuestas emitidas por parte del Ombudsman Infantil habían sido aceptadas por parte de los municipios e incluso por el propio Parlamento; 5) el Ombudsman había conseguido, por vez primera, colocar a la infancia en la agenda política; por último, 6) tan sólo un 2% de la población encuestada, al margen de cualquier opinión política, pensaba que la oficina debiera suprimirse; 7) un 75% de los noruegos/as de siete años de edad conocían de la existencia de la figura, y a la edad de 14 años este porcentaje aumentaba hasta el 90% de los encuestados. Fue, en definitiva, la confirmación de la institución. Para un estudio en profundidad del documento elaborado por el experto norteamericano, *vid.* MELTON (1991), pp. 197-254.

³⁰ A ello se refieren los artículos 2 y 3 del Acta N° 5, de 6 de marzo de 1981, relativa al *Ombudsman for Children*. Para mayor información acerca del *Barneombudet* noruego ir a <http://barneombudet.no/english/> (consulta realizada el 20 de marzo de 2016).

el impulso vino dado por una red de organizaciones no gubernamentales y por la sociedad civil en su conjunto. Durante diez largos años (década de los ochenta) diversas asociaciones, fundaciones y profesionales habían tratado, sin fortuna, de establecer una oficina para el Ombudsman infantil; pero se encontraron con un rechazo mayoritario de la clase política danesa ante el miedo de dividir el poder y las atribuciones del Ombudsman general. A pesar de ello, en 1989, producto de la presión ejercida por un grupo de ONGs surgió la idea de crear un consejo independiente para la salvaguarda y promoción de los derechos de la infancia; esta institución vio la luz unos años después, el primero de julio de 1994, fecha en que se aprobó por resolución parlamentaria el Consejo Nacional para la Infancia (el *Borneradet*)³¹. Finalmente, y prosiguiendo en tierras escandinavas, apuntar que la creación del Ombudsman para la infancia islandés estuvo directamente vinculada al proceso de ratificación por este país del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño. La iniciativa fue asumida por el Ministerio de Asuntos Sociales islandés y terminó configurándose como una comisión parlamentaria³².

1.2. Irrupción de la figura en el resto del continente europeo

Siguiendo el influjo proveniente de los países del Norte de Europa y aprovechando el impacto global que supuso en el viejo continente la aprobación y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, no fueron pocos los Estados que se animaron a implementar, con independencia ahora de su modelo organizacional interno, la figura de un Defensor del Niño/a³³.

Bélgica, sin ir más lejos, a pesar de no contar con un Ombudsman general, producto de la presión ejercida por un grupo organizado de ONGs, creó, en 1991, el Comisionado por los Derechos de la Infancia para la Bélgica francófona; poco tiempo después, en 1992, se hizo lo propio para la Bélgica flamenca.

Otro caso, es el del Reino Unido, territorio este que en la actualidad cuenta con cuatro agencias garantes de los derechos de la infancia y la adolescencia en atención a sus cuatro jurisdicciones: el Children's Commissioner for England,

³¹ Este órgano colegiado estuvo a prueba durante un período de tiempo de tres años. Fue evaluado en otoño de 1996 y durante el mes de julio de 1998 se constituyó en una institución de carácter permanente en Suecia.

³² El buen entendimiento que siempre ha existido en esta materia entre los diversos países escandinavos dio lugar, años más tarde, al nacimiento de la European Network Ombudsman for Children (ENOC).

³³ Un repaso a diversas Instituciones Nacionales de Protección y Defensa de los Derechos Fundamentales de las personas menores de edad podemos encontrarlo en HOSSAIN *et al.* (2000), pp. 157-643.

instituido por la Children Act 2004³⁴; el Scotland's Commissioner for Children and Young People, que data de la Scotland Act 2003³⁵; el Children's Commissioner for Wales, nombrado por la Asamblea Nacional a partir de la Wales Act 2001³⁶; y, por último, el Northern Ireland Commissioner for Children and Young People³⁷, nacido oficialmente el año 2003 y que se contempla como una unidad específica dedicada a la infancia y los jóvenes inserta en la Comisión de Derechos Humanos.

En Austria, país de estructura federal, actúan simultáneamente, como órganos autónomos, nueve Ombudsman infantiles (nombrados durante el período que se extiende desde 1989 hasta 1995). La institución es la *Kinder und Jugend Anwaltschaft des Bundes*. Su estructura, recursos económicos, responsabilidades y funciones varían de un Land a otro, pero en todo caso se trata de instituciones independientes³⁸. Son designados a partir de un concurso público y cuentan con un encargo muy amplio, por lo que a sus potestades se refiere.

Otro Estado, de organización política muy similar a la austríaca es la Federación Rusa, país del este de Europa donde conviven, desde 1998, varios Ombudsman infantiles, todos ellos individuales y autónomos, unos de carácter regional, como los de Volgogrado, Nóvgorod y Kaluga, y otros municipales, como los de Moscú, San Petersburgo y Ekaterinenburg.

Francia, por su parte, posee un Defensor de los Derechos del Niño/a desde el 6 de marzo de 2000. Su promotor fue Laurent Fabius, presidente de la Asamblea Nacional Francesa a principios de siglo. Esta institución gala se configura como un Ombudsman nacional, personal e independiente que cuenta, eso sí, con delegados territoriales y un consejo asesor. Muchas fueron las reticencias existentes a su creación. De hecho, Francia ya contaba con un Ombudsman general, el

³⁴ El rol del Children's Commissioner for England se ha visto reforzado tras las modificaciones incorporadas por la Children and Families Act 2014. Esta norma ha venido a otorgar al Comisionado inglés la función de promover y proteger, en todo el sentido de la palabra, los derechos de la infancia y la adolescencia. Para mayor información consultar la webpage del Children's Commissioner for England <http://www.childrens-commissioner.gov.uk> (consulta realizada el 17 de marzo de 2016).

³⁵ Cfr. Scotland's Commissioner for Children and Young People <http://www.cypcs.org.uk> (consulta realizada el 17 de marzo de 2016).

³⁶ Cfr. Children's Commissioner for Wales <https://www.childcomwales.org.uk> (consulta realizada el 17 de marzo de 2016).

³⁷ Cfr. Northern Ireland Commissioner for Children and Young People <http://www.niccy.org> (consulta realizada el 17 de marzo de 2016).

³⁸ En Austria existen dos Ombudsman generales a nivel estatal, que se ocupan de campos diferenciados de la administración, pero los Defensores de la Niñez no dependen ni jerárquica ni estructuralmente de los mismos.

Médiateur de la République, y ello significó que el Defensor del Niño/a no pudiera tomar la denominación de *Médiateur*. En esta misma línea, también cuentan con un Ombudsman infantil independiente del Defensor general: Macedonia, desde noviembre de 1999, con ocasión de la celebración del décimo aniversario de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño; Polonia, por ley de 6 de enero de 2000; y Lituania, desde el primero de septiembre de 2000, en este último caso a iniciativa del mundo de las ONGs.

En Italia, existe la figura del Ombudsman infantil a nivel regional. El más antiguo es el *Pubblico Tutore per i Minori* del Véneto, implantado en 1988, seguido del de Friuli, que inició sus funciones en 1993, y los *Garante dell'infanzia e dell'adolescenza* del Lacio y de la región Marche, ambos de 2002. Todos ellos son elegidos por los respectivos Consejos Regionales con una mayoría obligada de dos tercios de los votos para con ello garantizar su plena independencia. Asimismo, existen en el país transalpino otros órganos colegiados que velan por los intereses de la infancia y la adolescencia en las Regiones del Piamonte, Abruzzo, Umbría y Puglia (creados entre 1989 y 1999), que sin ser propiamente Defensores del Niño/a, sí actúan bajo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño.

España nos muestra también un modelo descentralizado, aunque poco uniforme, de organismos oficiales independientes establecidos para promover, a la par que proteger, los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes³⁹. En este país del sur de Europa, a partir del artículo 54 de su texto constitucional (1978) se dispone la regulación de la institución del Defensor del Pueblo (Ombudsman general), y se configura como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos y libertades fundamentales, a cuyo efecto podrán supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta al órgano legislativo.

El Defensor del Pueblo español desempeña sus funciones con independencia e imparcialidad, con autonomía y según su criterio. De acuerdo con su normativa de desarrollo (Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril) cualquier ciudadano, sin dis-

³⁹ Una línea similar es la proseguida en Portugal, donde desde el año 1975 actúa un Provedor da Justiça, un Ombudsman general, quien destina un equipo especial de su oficina para atender las cuestiones vinculadas con la infancia y la adolescencia. Asimismo, con la ayuda de la Unicef, Georgia estableció en el año 2001 un Centro de Derechos para la Infancia en el seno de la institución de su Defensor Público. También Letonia creó, en el año 2003, una División para la defensa de los derechos de la infancia dentro de la Oficina Nacional de Derechos Humanos. Por último, el Defensor del Pueblo de Rumanía constituyó en 1998 un departamento específico para tratar las cuestiones relativas a la infancia, la mujer y la familia.

tinción alguna por razón de edad, puede acudir a sus dependencias (físicamente o por medios electrónicos) y solicitar su intervención, que es gratuita, para que investigue cualquier actuación de la Administración Pública o sus agentes, presuntamente irregular. De igual modo, puede intervenir de oficio en casos que lleguen a su conocimiento con independencia de que se haya o no presentado queja alguna. Cada año el Defensor del Pueblo envía un informe a las Cortes Generales en el que da cuenta de su actividad y relata las irregularidades más graves y relevantes vinculadas con los derechos fundamentales cometidas por las Administraciones públicas⁴⁰.

Pues bien, el Defensor del Pueblo español está auxiliado por dos Adjuntos (*deputy* en el modelo anglosajón) y es precisamente a uno de ellos al que, entre otras, se le atribuyen las materias asociadas con los derechos de las personas menores de edad⁴¹.

Siguiendo en España, y de acuerdo con el modelo de distribución competencial establecido por la Constitución española de 1978, no podemos olvidar que algunas de las Comunidades Autónomas (regiones, siguiendo una terminología más genérica) han previsto, ya sea en sus Estatutos de Autonomía o en sus normativas específicas en materia de niñez, la figura de un Defensor del Niño/a o de un Adjunto al Ombudsman general en materia de infancia y adolescencia. Tal sería el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, Administración autonómica que creó en el año 1996 la institución del Defensor del Menor, órgano autónomo designado por el Parlamento autonómico madrileño. Este Comisionado para la Infancia vino a desempeñar sus funciones hasta el año 2012, momento en que a consecuencia de la crisis económica sufrida por el Estado español, se tomó la polémica decisión de prescindir de sus servicios.

⁴⁰ Para acceder a los informes anuales íntegros de este organismo oficial independiente de defensa de los derechos humanos *vid.* https://www.defensordelpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo_documento=informe_anual (consulta realizada el 25 de abril de 2016).

⁴¹ Esta institución junto con intervenir a instancia de parte (quejas presentadas por los particulares) o de oficio, puede, además, elaborar informes y estudios monográficos sobre situaciones en las que estima que hay derechos humanos en riesgo; y, por supuesto, también lo hace cuando se trata de derechos de los niños, niñas y adolescentes. A título de ejemplo citamos, acto seguido, algunos de los informes monográficos elaborados durante los últimos años: Estudio sobre seguridad y accesibilidad de las áreas de juego infantil (29/09/2015); La escucha del menor, víctima o testigo (15/05/2015); Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia (27/05/2014); Estudio sobre gratuidad de los libros de texto: programas, ayudas, préstamos y reutilización (12/11/2013), y ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad (17/01/2012).

Asimismo, en Cataluña existe desde el año 1987 la figura del Adjunto al Síndic de Greuges (Ombudsman general catalán) en materia de Derechos de la Infancia⁴². Este comisionado por los derechos humanos de la infancia representa un claro ejemplo del conocido como modelo integrado de Ombudsman Infantil, es decir, aquel que existe o encuentra su cabida dentro del seno de una institución de carácter más generalista⁴³.

Identificados algunos de los principales modelos de oficinas, comisionados, adjuntías por los derechos de la niñez existentes en Europa, no podemos finalizar este apartado sin hacer referencia a la circunstancia de que en junio de 1997, en Trondheim, Noruega, se fundó la European Network of Ombudspersons for Children (ENOC). Esta red está formada por instituciones independientes de defensa de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Actualmente ENOC está integrada por 41 instituciones de 34 Estados y presenta como funciones principales: impulsar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; apoyar a los colectivos que trabajan para la defensa de los derechos de las personas menores de edad; compartir informaciones y estrategias entre los Estados miembros; y, por último, promover el desarrollo de oficinas de Ombudsman para niños⁴⁴.

1.3. Realidad existente en América Latina

La aparición de Defensorías dedicadas a la Niñez y la Adolescencia en América Latina data de fines del siglo XX y obedece al resultado de dos procesos convergentes⁴⁵. El primero, referido a la irrupción del Defensor del Pueblo, con

⁴² Hay dos casos más en Europa muy similares al Adjunto (*deputy*) catalán, que representan un modelo en que corresponde a una persona perfectamente identificada e identificable, y no a un servicio, oficina o unidad, la asunción de la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia, eso sí dependiendo de la institución de un Ombudsman General. Así, en Hungría el Comisionado Parlamentario por los Derechos Humanos, que viene ejerciendo sus funciones desde el año 1995, nombra a un Adjunto General encargado de desarrollar, entre otras funciones, las veces de Ombudsman for Children. Por su parte, en Grecia existe la figura del Adjunto responsable del Departamento de Defensa de los Derechos de la Infancia (creado por Ley 3094/2003) que forma parte de la institución del Ombudsman General griego.

⁴³ Cfr. COTS (1999), pp. 148-158.

⁴⁴ La European Network of Ombudspersons for Children (ENOC) organiza una reunión anual con la participación de todos sus miembros y de algunos invitados observadores como, por ejemplo, otras oficinas de defensores, organizaciones como la Unicef e instituciones como la Unión Europea o el Consejo de Europa. Para mayor información acerca de la Red *vid.* <http://enoc.eu> (consulta realizada el 23 de junio de 2016).

⁴⁵ Prácticamente todos los países de América Latina, salvo Cuba y Chile, cuentan con un Defensor del Pueblo (o denominación afín). Además, se encuentra generalizada la existencia de Defensorías dedicadas

sus distintas denominaciones, en la región⁴⁶; y el segundo, vinculado con el aumento exponencial de los niveles de concientización acerca de las necesidades y potencialidades de la infancia y la adolescencia⁴⁷.

Efectivamente, la figura del Ombudsman general, como institución llamada a controlar a la administración del Estado desde una perspectiva de protección y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, fue tomando fuerza en América Latina, bajo sus diversas acepciones, a finales de los años noventa⁴⁸. Instituciones como el Defensor del Pueblo (en Ecuador, Argentina, Bolivia, Perú y Colombia, entre otros); el Procurador de Derechos Humanos (en Nicaragua, Guatemala y El Salvador); el Defensor de los Habitantes (en Costa Rica); o los Comisionados Nacionales de Derechos Humanos (en Nicaragua, Honduras y México) fueron proliferando de una manera vertiginosa⁴⁹. Aun reconociendo que esta heterogeneidad de denominaciones pudiera traer consigo algunos problemas de carácter nominal, lo que está fuera de toda duda, y es precisamente en ello en lo que queremos hacer especial hincapié, es que denota una cada vez mayor preocupación por parte de los

a la Niñez y Adolescencia, ya sea como órgano independiente o dotando a la Defensoría, Procuraduría o Comisión del Pueblo de un departamento especializado en materia de infancia y adolescencia. No obstante, la historia de los intentos de consagración de un Ombudsman o de un Defensor de los Niños, Niñas y Adolescentes en Chile es de amplia data. Así, desde inicios de la década de los noventa se han presentado varios proyectos de ley sobre la materia. Una revisión general de estas iniciativas podemos encontrarla en MIRANDA (2015), pp. 23-24.

⁴⁶ Siguiendo a Ana María Mouré, se cifra que los antecedentes históricos del Ombudsman en América Latina pueden encontrarse en el llamado “Trucuyricuy” (el que todo lo ve) que existía durante el Imperio Inca en el Perú durante los siglos XI al XVI, quien estaba encargado de vigilar el funcionamiento del Consejo Imperial. Con la llegada de los españoles, añade la autora, se creó el denominado “Protector de los Indios”, instituido a iniciativa del Fray Bartolomé de las Casas por el Cardenal Cisneros, mediante Real Cédula de fecha 17 de septiembre de 1516. Asimismo, en México “La Procuraduría de Pobres” creada en 1847, e integrada por tres procuradores designados por el Gobierno, tenía por misión actuar en defensa de las víctimas de las injusticias y abusos de las autoridades. MOURE (2014), pp. 82-83.

⁴⁷ Apuntar que a mediados de la década de 2000, una serie de países de África (fundamentalmente, en zonas orientales y meridionales del continente) y Asia (principalmente, en el Asia sudoriental) comenzaron a crear instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños como parte de las medidas tomadas a fin de cumplir las normas internacionales. Por lo general, las instituciones se integraron en comisiones de derechos humanos y oficinas del defensor del menor que ya existían previamente; sólo la India y Mauricio cuentan con estructuras especializadas.

⁴⁸ Para Guillermo Escobar, en Iberoamérica la Defensoría del Pueblo de España fue la pionera (1981). ESCOBAR (2008), p. 22.

⁴⁹ Humberto Nogueira considera que es más adecuada la denominación de Defensoría o defensor de la persona; o Defensoría o defensor cívico, ya que la expresión “ciudadano” tiene un ámbito restringido que no expresa el alcance y ámbito de actuación real de la institución. NOGUEIRA (2001), p. 443.

Estados por dotarse de entidades autónomas cuya misión esencial sea la de fiscalizar que las administraciones públicas no cometan vulneraciones o abusos contra los derechos humanos de los administrados, así como actuar como garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas en general⁵⁰.

A mayor abundamiento, y siempre a partir de la progresiva adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en los países de la región centro y sudamericana, el interés por la realidad de la infancia y la adolescencia, así como la necesidad de promover y proteger en forma específica sus derechos a través de instituciones especializadas, fue *in crescendo* de forma y manera paulatina; y, más aún si cabe, con la aprobación por parte del Comité de los Derechos del Niño, en el año 2002, de la Observación General N° 2, relativa al papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. En este documento, el Comité ginebrino, máximo intérprete de los preceptos de la Convención, viene a considerar que el establecimiento de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados Partes al ratificar este Tratado Internacional de garantizar su aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño⁵¹.

En este sentido, Costa Rica representa, sin lugar a dudas, un caso paradigmático. Este país centroamericano en 1930 ya disponía de una Declaración de los Derechos del Niño y en 1932 aprobó su primer Código de la Niñez. Siguiendo esa tradición, Costa Rica se dotó en 1987, antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de un Defensor de la Infancia, inspirándose, como no podía ser de otro modo, en la incipiente iniciativa noruega. Al no existir un Ombudsman general hasta el año 1992, el Defensor del Niño costarricense (figura creada por un Decreto ejecutivo del Ministerio de Justicia) ejerció sus funciones, inicialmente, de una manera totalmente autónoma e independiente. Posteriormente, al crearse la llamada Defensoría de los Habitantes, el Defensor del Niño se integró en esa institución y pasó a ser una Dirección de Niñez y

⁵⁰ Gonzalo Aguilar y Rebecca Steward señalan que a partir de la segunda mitad del siglo XX, el Ombudsman o Defensor del Pueblo, sobre todo en ciertas regiones del mundo, como por ejemplo en América Latina, comenzó a desarrollar una labor netamente defensora de los derechos humanos de los individuos. AGUILAR y STEWARD (2008), p. 23. De la misma opinión se muestra MOURÉ (2014), p. 78.

⁵¹ En esa misma línea argumentativa, la Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño estima que todos los Estados necesitan una institución de derechos humanos independiente encargada de promover y proteger los derechos del niño. Lo que interesa principalmente al Comité es que la institución, cualquiera que sea su forma, pueda vigilar, promover y proteger los derechos del niño con independencia y eficacia. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2002).

Adolescencia del Ombudsman general de Costa Rica. Así, en la actualidad está definida como una instancia mediadora que actúa por delegación del Defensor de los Habitantes, con la voluntad de incorporar la perspectiva de niñez dentro de todas las actividades llevadas a cabo por parte de la Defensoría.

Más allá de la particularidad de Costa Rica, el tipo de Defensor de los Derechos de la Niñez que impera en América Latina es el que hemos identificado con anterioridad como modelo integrado, es decir, una figura específica o una unidad *ad hoc* que forma parte de la estructura orgánica de un Ombudsman general. Guatemala, sin ir más lejos, creó, en 1990, como respuesta a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, un departamento especial conocido como Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia dentro de la Procuraduría de los Derechos Humanos⁵². En Colombia, por su parte, desde el año 1991 se cuenta con una Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud, las Mujeres y los Ancianos integrada dentro de la oficina de su Defensor del Pueblo⁵³. Asimismo, Nicaragua constituyó en 1999 una Procuraduría Especial de Niñez y Adolescencia en el marco de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Añadir a lo anterior, que algunos de los países de la región han optado por una figura descentralizada que actúe a nivel local. Esta descentralización de las Defensorías del Niño que, *a priori*, pareciera de suma relevancia en la medida en que el arraigo territorial favorece la accesibilidad de los actores involucrados, se torna un tanto peligrosa si no puede garantizarse la autonomía de actuación de tales Oficinas municipales. Este es el caso, por ejemplo, de Bolivia, donde cuentan con Defensorías Municipales de la Niñez y la Adolescencia. Se trata de un servicio público, permanente y gratuito creado en 1997 por la Ley de Participación Popular. Estas Defensorías persiguen el objetivo general de movilizar e involucrar al Estado, a la sociedad civil y a la familia en la promoción, protección, defensa y difusión de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, el problema reside en el hecho de que funcionan a partir de recursos aportados por los gobiernos municipales, cues-

⁵² Cfr. GUTIÉRREZ (2001), p. 279.

⁵³ Eduardo Cifuentes apunta que la Delegada de la Niñez, la Juventud, la Mujer y los Ancianos asume en forma directa el conocimiento y trámite de las quejas, casos y consultas que presentan los ciudadanos por amenazas o violaciones a los derechos de las personas protegidas, y asesora en forma pertinente a las Oficinas Regionales y Seccionales de la Defensoría del Pueblo en las materias de su competencia. La Delegada, en forma permanente, también conceptúa sobre la situación de los derechos humanos de sus grupos, y emite sus recomendaciones para que cesen o disminuyan los índices de situaciones vulneradoras. CIFUENTES (2001), pp. 231-232.

ción esta que pone en entredicho su verdadera independencia⁵⁴. Algo similar acaece en Perú, donde existen, desde el año 1992, las Defensorías Municipales de Niños, Niñas y Adolescentes, dependientes también de los respectivos gobiernos locales. La particularidad peruana radica en la constitución de una Dirección de Sistemas Locales y Defensorías que promueve, coordina y supervisa el servicio prestado por las diferentes Oficinas municipales⁵⁵. En Perú, además, la Defensoría del Pueblo cuenta con una Primera Adjuntía y siete Adjuntías temáticas, una de las cuales, precisamente, se encarga específicamente de los temas de niñez y adolescencia⁵⁶.

En una línea similar a la apuntada, Ecuador cuenta con Juntas Cantonales de Protección de Derechos, cuyo rol es exigir el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Estas Juntas ostentan la función de conocer los

⁵⁴ Los artículos 185, 186, 187 y 188 de la Ley N° 548, de 17 de julio de 2014, del Código del Niño, Niña y Adolescente del Estado plurinacional de Bolivia recogen la definición, composición, funcionamiento y atribuciones de las Defensorías de la Niñez y la Adolescencia. Añadir que en Bolivia la institución del Defensor del Pueblo boliviano, a pesar de no contar con un Adjunto en materias de niñez, sí que ha creado un Programa Nacional y una Unidad Especial de Niñez y Adolescencia que conduce y articula las Acciones Defensoriales para proteger, defender y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este Programa Nacional, a su vez, está conformado por cuatro subproyectos: 1) desarrollo integral, participación y sistema de protección de niños, niñas y adolescentes; 2) derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en las actividades de la zafra; 3) trata y tráfico de personas menores de edad, y 4) derechos humanos de la niñez que viven con sus progenitores en centros penitenciarios. Para más detalles al respecto acudir al sitio web de la Defensoría del Pueblo: <http://www.defensoria.gob.bo/sp/poblaciones.asp?Id=1&Item=20> (consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

⁵⁵ Para mayor información sobre el sistema peruano de Defensorías Municipales de Niños, Niñas y Adolescentes consultar la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, más concretamente <http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/dgna/dna/directorio/index.htm> (consulta realizada el 26 de febrero de 2016).

⁵⁶ De acuerdo con la legislación peruana (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, N° 26.520 y por Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo, aprobado por Resolución Defensoría N° 12-2001/DP), la Defensoría del Pueblo debe intervenir, a través de su Adjuntía de Niñez y Adolescencia, en casos de: maltrato a niños, niñas y adolescentes por parte del personal administrativo o docente de las instituciones educativas o en los centros de atención residencial; omisión de las autoridades educativas para intervenir en los casos de bullying; demora en la investigación de los casos de violencia familiar, abuso sexual y/o trata contra niños, niñas o adolescentes; demora en la intervención, cuando sea requerido, del Instituto de Medicina Legal; falta de adopción de medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar, abuso sexual y/o trata; reclutamiento de personas menores de edad en las instituciones militares; demora en la investigación de los casos en los que los adolescentes son presuntos infractores de la ley penal; demora en la tramitación de los procedimientos de investigación tutelar; negativa a expedir y/o entregar gratuitamente el certificado de nacido vivo por parte de los establecimientos de salud públicos o privados; negativa a expedir gratuitamente la primera copia certificada del acta de nacimiento por parte de las oficinas registrales; y, finalmente, por la negativa de las oficinas registrales para inscribir gratuitamente los nacimientos en todas sus modalidades. Para más información al respecto consultar el espacio web de la Defensoría del Pueblo peruana <http://www.defensoria.gob.pe/index.php#> (consulta realizada el 16 de marzo de 2016).

casos de amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de niños, niñas y adolescentes y tomar las oportunas medidas administrativas de protección. Otra función de las Juntas, y es precisamente en este punto en el que su ámbito de intervención se asemejaría más a una especie de Ombudsman infantil local, es vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención y protección a la infancia y la adolescencia no vulneren los derechos del niño/a⁵⁷.

Asimismo, en República Dominicana, además de existir la figura del Defensor Adjunto al Defensor del Pueblo para la Niñez y la Juventud, también se han creado las Juntas Locales de Protección y Restitución, que tienen la responsabilidad de recibir las denuncias o actuar de oficio en casos de amenaza, vulneración o violación flagrante de los derechos de los niños o niñas en las localidades donde se encuentran emplazadas. Las Juntas ordenan las medidas de protección y restitución de derechos y, en caso de ser preciso, derivan el supuesto de hecho al órgano jurisdiccional especializado en materia de niñez. Se parte de la premisa de que la cercanía con los niños y niñas y sus familias facilita la presentación de denuncias o quejas relacionadas con la vulneración de derechos. No obstante, la principal debilidad que enfrenta este sistema es su todavía incipiente cobertura.

Algo similar a lo estipulado *ut supra* sucede en Venezuela, país que cuenta con una Defensoría Delegada Especial de Niños y Adolescentes adscrita a la Defensoría del Pueblo y además con Defensorías del Niño y el Adolescente descentralizadas a nivel local.

Por último, hay un grupo de Estados que, a pesar de prever su normativa nacional la creación de un Defensor del Niño/a, en la práctica tal circunstancia todavía no se ha producido. Este sería el caso, por ejemplo, de la República Argentina, donde en el año 2005 la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley Nacional 26.061) estableció en su Capítulo II la creación de tal figura, pero once años después, el Gobierno de la Nación todavía no ha iniciado el proceso de designación obligatorio⁵⁸. Además, la mayoría de

⁵⁷ Ecuador complementa esta institucionalidad con el desarrollo de una iniciativa a nivel comunitario. Así, el artículo 208 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano (2003) prevé la creación de Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia. Estas defensorías Comunitarias para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos de la niñez y adolescencia se conciben como espacios en donde los miembros de la comunidad participan de manera espontánea. Podrán intervenir en los casos de violación a los derechos de la niñez y adolescencia y ejercer las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance cuando sea necesario, y coordinan su actuación con la Defensoría del Pueblo (dado que Ecuador no cuenta con un Defensor del Niño).

⁵⁸ Al tenor de lo establecido en los artículos 40 y 48 de la Ley Nacional N° 26.061 el Defensor del Niño/a debe ser propuesto y designado por el Consejo Nacional dentro de los noventa (90) días de sancionada la

las provincias argentinas, así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la fecha, tampoco han creado a nivel local la institución del Defensor de los Derechos del Niño/a (el 75% de las provincias argentinas adeudan la creación de la institución llamada a controlar las políticas de niñez y defender los derechos de este grupo etario. Tan sólo seis, de las veintitrés existentes, han implementado la figura: Córdoba, Santa Fe, Neuquén, La Pampa, Santiago del Estero y Misiones). Tal circunstancia parece denotar la falta de interés o instrumentalización política que esta institución está sufriendo en el país andino.

El caso paraguayo es igualmente elocuente, pues del mismo modo que acaece en Argentina, también se da una situación de cierto bloqueo político que impide el normal y adecuado desarrollo de las funciones atribuidas al comisionado parlamentario llamado a velar por los derechos fundamentales de todos y cada uno de los ciudadanos/as residentes en el territorio de la república guaraní. Así, si bien es cierto que desde el año 2005, el Defensor del Pueblo paraguayo (órgano creado por la Constitución Nacional de Paraguay de 1992, artículo 276), cuenta con un Departamento de Niñez y Adolescencia, no es menos cierto que preocupa la invisibilidad y falta de eficacia en la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes que presenta esta oficina especializada⁵⁹. Unir a lo anterior, además, que el propio Poder Legislativo tiene pendiente desde el año 2008 llamar

Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación. Las legislaturas locales están habilitadas para designar defensores en cada una de sus jurisdicciones.

⁵⁹ En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones finales al tercer informe periódico presentado por el Estado paraguayo (febrero de 2010) se pronuncia afirmando que “El Comité acoge complacido el establecimiento en 2005 del Departamento de Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, le preocupa que su personal sea escaso, y que su mandato no sea lo suficientemente claro para permitirle actuar con eficacia en defensa de los intereses del niño. Le preocupa, asimismo, que los informes anuales de la Defensoría del Pueblo no se difundan adecuadamente entre la población en general, especialmente los niños. El Comité recomienda al Estado parte que defina claramente el mandato del Departamento de Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. Recomienda, asimismo, al Estado parte que adopte medidas para promover el funcionamiento eficaz de la Defensoría y la difusión efectiva de sus informes entre la población en general, especialmente los niños, y que se cerciore de que los mecanismos de queja sean fácilmente accesibles, estén adaptados a los niños y sean conformes a los Principios de París, y tengan en cuenta la Observación general N° 2, de 2002, sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos. La Defensoría del Pueblo debería tener el mandato de vigilar la aplicación de la Convención y atender las quejas de todos los niños, y hacerlo de manera expedita y adaptada a sus necesidades”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2010): Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado paraguayo, febrero de 2010 - Documento CRC/C/PRY/CO/3, párrs. 14 y 15.

a nuevo concurso para elegir al Defensor del Pueblo, cuestión esta que provoca una situación de absoluta indefinición en la gestión de la mentada institución.

No podemos tampoco concluir este apartado sin hacer mención expresa, al igual que sucediere al referirnos a la realidad europea, a la circunstancia de que en noviembre de 2007, en el marco del XII Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) se aprobó la Declaración de Lima, documento a través del cual se acordó la creación de una “Red Iberoamericana de Defensa de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia”, conformada por todas las instancias de niñez y adolescencia existentes en el organigrama de las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica⁶⁰. Esta Red fue constituida formalmente en agosto de 2012, con el objetivo primordial de trabajar articulada y coordinadamente, con el fin de contribuir a proteger y promover los derechos de niños, niñas y adolescentes en temas de interés común de la mentada Red de Niñez y Adolescencia⁶¹.

2. NATURALEZA LEGAL DE LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Una vez analizado el origen y posterior evolución de la institución del Defensor de los Derechos de la Niñez y aceptando de antemano que cada uno de estos Comisionados o Defensores es único y, por ende, presenta sus propias particularidades⁶², se pueden, no obstante, identificar varios modelos significativos que nos ayuden a racionalizar el sistema atendiendo a tres grandes criterios clasificatorios: uno guarda relación con su nacimiento, desarrollo, mandato y

⁶⁰ Cfr. FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN (2012), pp. 5-7.

⁶¹ En un primer trabajo colectivo de la Red de Niñez y Adolescencia de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), se identifican como los principales retos o desafíos percibidos por el personal al servicio de estos Organismos de Derechos los enumerados a continuación: incidir en el fortalecimiento de políticas públicas que favorezcan los derechos de niños, niñas y adolescentes; trabajar sobre la cultura del buen trato; garantizar el acceso y la eficiencia terminal de la educación gratuita y de calidad; priorizar las políticas de infancia y adolescencia en las administraciones gubernamentales; vencer las resistencias sociales y organizacionales a favor de los derechos de la infancia y la adolescencia; mejorar la capacitación sobre derechos humanos; aumentar el compromiso de los Estados en el avance en el reconocimiento de derechos; fortalecer los sistemas de protección integral; ampliar los equipos técnicos de trabajo interdisciplinarios; contribuir a crear protocolos de atención integral; apoyar el fortalecimiento de los sistemas nacionales de datos estadísticos; mejorar y aplicar el sistema informático existente en todos los Organismos de Derechos Humanos; promover el acercamiento de los niños, niñas y adolescentes a la institución; y favorecer la descentralización de las acciones de los Organismos de Derechos Humanos, así como visibilizar su rol. FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN (2013), pp. 13-15.

⁶² Cfr. SENEVIRATNE (2002), pp. 12-15.

posición; el otro está referido al mayor o menor vínculo de dependencia que el Defensor de la Niñez mantenga con respecto a una oficina de derechos humanos nacional independiente de carácter general; y, por último, un tercero se centra en el análisis de las funciones o tareas específicas desarrolladas por esta institución.

Para el primero de los casos podemos, a su vez, distinguir entre los Defensores creados por una Ley Parlamentaria de carácter extraordinario, de aquellos otros instituidos por la normativa relativa al propio ámbito de los derechos de la infancia y la adolescencia, así como los Defensores ubicados en organismos públicos existentes y los constituidos y dirigidos por ONGs⁶³. En cambio, y atendiendo ahora al mayor o menor grado de dependencia que presente el Defensor de la Niñez con respecto a un Ombudsman general, podemos diferenciar entre el denominado como modelo individualizado, en que la institución es absolutamente autónoma con respecto a cualquier otro organismo oficial de defensa de los derechos humanos y el conocido como modelo integrado, en el que, por el contrario, tal y como su propio nombre indica el Defensor del Niño/a forma parte de la estructura u organigrama de una institución de corte más general⁶⁴. Finalmente, según las funciones que les han sido atribuidas o encomendadas, los Defensores o Comisionados pueden dividirse en tres amplias categorías: los que proporcionan, principalmente, defensa individual y representación; los que defienden a los niños y niñas como individuos y como colectivo; y los que actúan a favor de las personas menores de edad como colectivo, pero sin representarlos individualmente⁶⁵.

Procedemos, acto seguido, a desarrollar las principales características identificativas de cada uno de esos modelos, para con ello estar en predisposición de identificar cuál sería el más adecuado o conveniente, desde nuestro punto de vista, para ser incorporado con éxito en el ordenamiento jurídico chileno.

2.1. Atendiendo a su origen, desarrollo, mandato y posición

El primer grupo de Defensores de la Niñez, digno de ser tomado en consideración, es el constituido mediante una legislación expresamente elaborada y aprobada con ese propósito, que le otorga poderes formales y autoridad.

⁶³ Tomamos como referencia en este punto las categorías creadas por el CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO DE UNICEF (1999), p. 4. A nivel nacional, también se hace eco de este criterio clasificatorio MOURÉ (2013), pp. 184-185.

⁶⁴ Cfr. COTS (1996), pp. 6-17.

⁶⁵ Cfr. UNICEF (1997), pp. 8-10.

Por regla general, estos órganos se caracterizan por su independencia frente al gobierno. Así, sus funciones, financiación y posición vienen determinados directamente por el Parlamento, ante el cual, a su vez, son responsables. En este sentido, suele ser habitual que presenten un informe anual en que rindan cuentas de sus actuaciones ante el Poder Legislativo.

No están sujetos, por tanto, a interferencias o influencias políticas, y son libres para evaluar la legislación, políticas y actuaciones de las diferentes administraciones públicas, así como su nivel de compromiso a la hora de proporcionar recursos por y para la infancia y la adolescencia. Algunos Defensores, incluso, tienen poderes para iniciar investigaciones de oficio, informar al Parlamento y ser preceptivamente consultados ante toda nueva iniciativa, sea legal o de cualquier otra índole, asumida por los poderes públicos del Estado. Este modelo suele también caracterizarse por configurar un Ombudsman for Children independiente, con oficina, normativa y equipo propio. Este sería el sistema imperante en los países nórdicos de donde originariamente, tal y como hemos señalado anteriormente, proviene la figura.

Otra posibilidad es la de dar vida a la figura del Ombudsman infantil a través de la legislación sectorial encargada de tratar los asuntos vinculados con los derechos de la infancia y la adolescencia (sea mediante Ley especial o Códigos de la niñez); sujetando así la institución creada a la aplicación y supervisión de la propia normativa de niñez.

En no pocas ocasiones, hay Comisionados para la infancia que, a pesar de haber nacido inicialmente como un organismo de control vinculado con una norma de infancia, posteriormente han evolucionado y se han erigido en una institución con regulación autónoma propia, lo cual, entendemos, vendría a representar una clara muestra de su consolidación y madurez. Este sería el caso, sin ir más lejos, de la Oficina del Comisionado para la Infancia de Nueva Zelanda (The Office of the Children's Commissioner), institución originariamente creada por la Ley de los Niños, los Jóvenes y la Familia de 1989, con el expreso encargo de dar respuesta a las quejas presentadas por los niños, niñas y adolescentes en relación con el funcionamiento de esa ley en particular, así como para valorar y supervisar su aplicación y desarrollo; y que, posteriormente, en cambio, encontró su sustento en la Children's Commissioner Act 2003⁶⁶.

⁶⁶ Para mayor información acerca de la Office of the Children's Commissioner *vid.* <http://www.occ.org.nz/> (Consulta realizada el 22.01.2016).

Otra de las modalidades de constitución tal vez más endeble es la que se da en aquellos casos en que se han establecido oficinas del Defensor sin una legislación que las ampare y, en consecuencia, no ostentan un mandato oficial con poderes legales.

Algunas han sido creadas por el Poder Ejecutivo, actúan desde un departamento gubernamental y son responsables ante él. Obviamente, la principal crítica que recae sobre las mismas es su falta de independencia, particularmente, en lo que concierne al Ministerio u órgano de gobierno dentro del cual se encuentran ubicadas. De igual modo, otras oficinas han sido generadas en o por organismos oficiales ya existentes.

Por último, cabe también la posibilidad de encontrarnos con defensores constituidos y dirigidos por ONGs. Ahora bien, a pesar del gran número de entidades de la sociedad civil llevando a cabo tareas de *advocacy* a favor de los derechos de la infancia y la adolescencia, pocas son, sin embargo, las que asuman y desarrollen funciones que puedan ser realmente consideradas como las propias de un Defensor o Comisionado de la Niñez.

2.2. Atendiendo a su relación de dependencia con un Ombudsman general: modelo individualizado o integrado

Desde esta perspectiva destacamos, en primer término, el denominado como modelo individualizado. Se trata de Defensorías de la Niñez totalmente autónomas que se caracterizan por contar con sus propias dependencias, normativa y equipo de trabajo, con independencia de la existencia o no de cualquier otro organismo oficial de defensa de los derechos humanos que pueda venir a hacer las veces de Ombudsman general. Este es el modelo imperante, por ejemplo, en los países escandinavos, Austria, Bélgica, Francia, la Federación Rusa, o antes de su desaparición en la Comunidad Autónoma de Madrid (España).

En segundo lugar, y a diferencia de lo acaecido con la figura del Defensor de los Derechos de la Niñez individualizado, el modelo integrado se significa por el hecho de que el Comisionado por la Infancia presenta una dependencia, o en otras palabras, está adscrito a una institución más genérica de defensa de los derechos humanos. Este sería el camino emprendido, entre otros, por Canadá, Hungría, Rumanía, Portugal, Sudáfrica, Letonia, Grecia, Catalunya (España), y la gran mayoría de países latinoamericanos. En algunos Estados, como sería el caso de Costa Rica, inicialmente se optó por un Ombudsman for Children perfectamente definido como una institución individualizada, siguiendo el ejemplo noruego, pero con el transcurso del tiempo, y muy en particular al constituirse un Ombudsman general, éste absorbió al primero.

Ambos modelos tienen ventajas e inconvenientes. Por lo que a los beneficios de una institución especializada se refiere, uno de los principales argumentos esgrimidos por parte de la doctrina reside en la circunstancia de que ésta puede concentrarse exclusivamente en los niños y niñas, asegurándose que los problemas de los adultos no invisibilizan los suyos. En un cuerpo integrado, en cambio, existe el riesgo de que el grupo etario menor de dieciocho años reciba menos prioridad y atenciones de lo que sucede en un órgano especializado. Así, una institución especializada puede dirigirse directamente a la infancia y la adolescencia, aspecto este último esencial si se quiere ser efectivo en la promoción de sus derechos, los cuales tienen que hacerse visibles precisamente en su mundo⁶⁷. Además, con frecuencia surgen conflictos entre los derechos de los niños/as y los derechos de los adultos; ante tal panorama, una institución especializada ostentaría la única y exclusiva responsabilidad de promover los derechos e intereses del niño/a. Finalmente, muchos de los abusos reportados de los que niños y niñas son víctimas no provienen de los poderes públicos, de la Administración del Estado, sino que, por el contrario, proceden de las personas que los tienen a su cargo —progenitores, tutores, educadores—. En suma, una institución especializada supone siempre, por definición, un mandato más explícito para hacer frente a tales vulneraciones; ahora bien, si el comisionado por los derechos humanos ostenta funciones generales, cual sería velar por los derechos fundamentales de todos los ciudadanos ante las actuaciones derivadas de los poderes públicos, puede suceder que tal institución no focalice sus esfuerzos en la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia en particular⁶⁸.

Respecto a las ventajas que presenta una institución integrada, la unificación de funciones que suele darse en su seno es una de ellas. Ante todo, debe promoverse el reconocimiento de que los niños y niñas, al igual que los adultos, son titulares de derechos y ostentan, por ende, el mismo nivel de protección que merece cualquier otro individuo. También una institución integrada puede tener más facilidades para cooperar con otras entidades que representen los derechos de otros colectivos vulnerables —inmigrantes, personas con capacidades especiales, minorías religiosas—. Ello sin olvidar que cuando los recursos son escasos un cuerpo integrado puede ejercer un mayor nivel de presión social que no una figura autónoma representativa, únicamente, de la infancia y la adolescencia. Y en último término, una institución general de defensa de los derechos humanos que aglutine diferentes aspectos y visiones vinculadas con las libertades fundamentales de diferentes sectores de la población

⁶⁷ Cfr. COTS (2008), p. 38.

⁶⁸ Cfr. COTS (2009), pp. 449-456.

parece estar más legitimada para intervenir como una entidad promotora de una cultura del respeto de los derechos humanos en general. Esto, que *a priori* pudiera parecer positivo, puede, no obstante, tornarse en contra, ya que la debilidad de la institución, ya sea por un mandato restrictivo, por lo limitado de sus capacidades, por tener un director inadecuado, o por no inspirar confianza, puede poner en peligro todo el sistema de protección de los derechos humanos.

No existen evidencias significativas –se insiste desde el *Innocenti Centre*– que un modelo sea más efectivo que el otro. Lo que resulta evidente es que los niños y niñas necesitan entidades que actúen con independencia en la defensa de sus derechos⁶⁹.

2.3. *Atendiendo a las funciones encomendadas*

Tal y como ya hemos anunciado, tomando en consideración el trabajo que le haya sido asignado el Defensor de los Derechos de la Niñez puede, en primer término, actuar en defensa de los niños y niñas como colectivo, sin asumir su representación en casos individuales. Su cometido en estos casos es actuar como portavoz general de las jóvenes generaciones, concentrándose principalmente en informar y formar a la opinión pública. En ese mismo sentido, la oficina debe hacerse cargo de las necesidades, los intereses y derechos de las personas menores de edad y asegurarse de que el Estado cumple con las obligaciones asumidas al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, el Defensor también debe interactuar directamente con los niños, niñas y adolescentes mientras lleva a cabo sus tareas ordinarias (visitando escuelas, hospitales pediátricos, hogares residenciales, establecimientos penitenciarios y otras instituciones)⁷⁰.

En otros supuestos, en cambio, la figura del Defensor recibe el mandato específico de trabajar en expedientes individuales, actuando como abogado de las demandas particulares presentadas por los propios niños/as o de las que él mismo presenta en su nombre y representación. En este modelo al estilo finlandés, el Defensor ofrece asesoramiento legal, informa de las vulneraciones de derechos, proporciona testimonio experto en juicios y asistencia en la preparación de demandas⁷¹. Lo apuntado, no obsta a que haciendo uso de la experiencia acumulada a través de las demandas

⁶⁹ Cfr. UNICEF (2012), pp. 1-22.

⁷⁰ Este sería el caso, por ejemplo, de Suecia, Dinamarca, España, Cataluña e Islandia, entre otros.

⁷¹ Es interesante señalar que la mayoría de los Defensores que tienen capacidad para ocuparse de demandas individuales existen en países o regiones con una población infantil pequeña, tales como Noruega o Costa Rica.

individuales, el Defensor formule recomendaciones al gobierno sobre la necesidad de modificar la legislación y las políticas públicas, a fin de promover los intereses de los niños/as y sensibilizar sobre sus derechos a la ciudadanía en general⁷².

Por último, podemos encontrar un modelo ecléctico o mixto, es decir, que el Defensor además de ocuparse de demandas individuales, recibe unas atribuciones más amplias: la de proponer modificaciones en la legislación y en las políticas para mejorar la aplicación de los derechos de la infancia y la adolescencia, difundir información sobre sus derechos y recomendar áreas de prioridad para la inversión de los fondos públicos⁷³.

En Chile, abogamos por esta última de las posibilidades, si bien es cierto que con algunos matices o limitaciones para evitar, al menos durante una fase inicial de implementación, que el amplio volumen de casos individuales puedan llegar a sobrecargar la actividad de la oficina e impedir, de este modo, asumir con garantías el resto de atribuciones asignadas. Efectivamente, siguiendo el modelo noruego, el Defensor del Niño/a chileno pudiera proporcionar a los niños y niñas un servicio de asesoramiento y atención jurídica en todas las áreas de la legislación, con la excepción de aquellos asuntos y conflictos que ya son materia de un procedimiento judicial o administrativo.

Este planteamiento, además, favorecería que el Defensor del Niño/a asumiera las veces de vínculo nacional principal para facilitar el acceso de la población infantil y adolescente al procedimiento de comunicaciones contenido en el tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011⁷⁴, y que entró en vigor en el Estado chileno el 1 de diciembre de 2015⁷⁵. En virtud

⁷² Este modelo, y de ahí su denominación, es el seguido por el Defensor finlandés. Un sistema similar es el asumido por el Defensor de la Infancia y la Juventud de Israel, los Defensores locales austríacos, el Ombudsmann de la Bélgica flamenca y por las Oficinas Municipales peruanas para la defensa de los niños y niñas.

⁷³ Se acerca a esta idea el Defensor noruego y el modelo imperante en Costa Rica.

⁷⁴ La entrada en vigor efectiva del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, se produjo el 14 de abril de 2014, tres meses después de la fecha en que se depositó el décimo instrumento de ratificación, circunstancia esta que llevó a efecto Costa Rica el 14 de enero de 2014. Al mes de julio de 2016, este Protocolo ha sido ya ratificado por veintisiete Estados: Albania, Andorra, Argentina, Bélgica, Bolivia, Chile, Costa Rica, República Checa, Dinamarca, El Salvador, Finlandia, Francia, Gabón, Alemania, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Perú, Portugal, Samoa, Eslovaquia, España, Tailandia y Uruguay.

⁷⁵ El Estado chileno ratificó el tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2015, por lo que siguiendo lo preceptuado en su artículo 19, la entrada en vigor del

de este texto internacional, el Comité de los Derechos del Niño puede recibir y revisar comunicaciones sobre casos de posibles violaciones de los derechos de un niño/a o un grupo de niños/as y llevar a cabo investigaciones (incluidas las visitas sobre el terreno) cuando se denuncie una vulneración grave y sistemática de los derechos de la infancia y la adolescencia. Pues bien, el Defensor del Niño chileno se encontraría en una posición ventajosa para facilitar una evaluación preliminar, remitir e incluso asesorar a los posibles demandantes a lo largo del proceso ante el Comité de los Derechos del Niño⁷⁶.

Todo lo anterior, por supuesto, sin detrimento a la necesidad de que el futuro Ombudsman chileno reciba un amplio mandato para servir como portavoz de la infancia y la adolescencia, y trabajar en pro de la mejora de la calidad de sus vidas.

En suma, una institución como la propuesta para Chile estaría llamada a desarrollar un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, no solamente individuales (primera generación) y colectivos (segunda generación), sino especialmente en cuanto a lo que intereses difusos se refiere, pertenecientes al género de los intereses colectivos. Precisamente, este modelo de Ombudsman, por ser un organismo técnico flexible que recibe e investiga reclamaciones de niños y niñas en particular, aunque con ciertas limitaciones, y de grupos o colectivos de niños y niñas contra actos u omisiones de los poderes públicos, no requiere de los mismos requisitos ni procedimiento exigidos ante los tribunales de justicia⁷⁷.

mentado texto internacional tuvo lugar tres meses después de la fecha en que Chile depositó el instrumento de ratificación.

⁷⁶ En su redacción originaria el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño fijaba que el Comité de los Derechos del Niño debía estar integrado por 10 expertos de integridad moral y prestigio internacional reconocido en materia de derechos de la infancia elegidos por un período de 4 años reelegibles. La elección de los integrantes del Comité de los Derechos del Niño debe procurar una distribución geográfica equitativa y asegurar la representatividad de los principales sistemas legales. No obstante lo anterior, y desde el mes de febrero del año 2003, por reforma del artículo 43 del texto de la Convención se eleva el número de componentes del referido Comité y se pasa de 10 a 18. Con ello se pretende dar mayor agilidad a las tareas de examen de los informes presentados por los Estados Parte y evitar así los retrasos en la emisión de las observaciones y recomendaciones que el Comité realiza de los mencionados informes que se han venido produciendo a lo largo de los últimos años. La propuesta inicial de reforma del mencionado precepto de la Convención fue realizada por Costa Rica el año 1995, y un año después la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba la mentada modificación, pero se tuvo que esperar hasta febrero de 2003 para que tal enmienda entrara en vigor –momento en que fue aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados parte–.

⁷⁷ Cfr. PICADO (1999), pp. 82-83.

3. PRINCIPIOS Y ELEMENTOS INFORMADORES DE LA ACTUACIÓN DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Una vez presentados los principales modelos organizacionales que pueden ser adoptados por los Comisionados de los Niños, Niñas y Adolescentes, procedemos acto seguido a la definición de todo un conjunto de criterios generales y elementos informadores⁷⁸ que debieran servir para orientar la puesta en acción en Chile, a nivel nacional y/o regional, de un proyecto de Ombudsman infantil que vele real y efectivamente por hacer efectivos los derechos de las personas menores de edad, así como para dar contenido al principio rector de su interés superior en todas y cada una de sus dimensiones y manifestaciones⁷⁹.

3.1. Autonomía e independencia en sus actuaciones

De acuerdo con lo preceptuado tanto en la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño (2002) como en los denominados Principios de París (1993), el Defensor de los Derechos de la Niñez, por tratarse de una institución nacional de derechos humanos, debe respetar el principio de autonomía e independencia institucional⁸⁰. Esta autonomía puede ser entendida desde tres grandes dimensiones, a cuál de ellas más importante: orgánica; funcional y financiera⁸¹.

⁷⁸ Málfrid Flekkoy apunta que son cuatro los principios que deben ser considerados como necesarios para la eficacia de las oficinas de los defensores, a saber: el defensor debe ser la “voz de los niños”, debe tener total independencia (tanto política como financiera), debe situarse cerca de los niveles de decisión y debe tener un estatus legal que le permita desarrollar sus funciones. FLEKKOY (1996), p. 55.

⁷⁹ La Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño define el principio rector del interés superior del niño desde una triple dimensión: como un derecho sustantivo; como un principio general de carácter interpretativo; y, por último, como una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del niño ostenta una misma finalidad: garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos a las personas menores de edad por el ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, y el desarrollo holístico del niño. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013).

⁸⁰ La Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño, interpretando la Convención sobre los Derechos del Niño, recomienda que: (i) todos los Estados cuenten con una institución de derechos humanos independiente, encargada de promover y proteger los derechos del niño; (ii) que, dentro de lo posible, las instituciones nacionales de derechos humanos se reconozcan en la Constitución, o, como mínimo, tengan un mandato definido en la legislación; (iii) que esta institución tenga una infraestructura adecuada, fondos suficientes, personal y locales propios; (iv) la ausencia de toda forma de control financiero sobre la institución, y (v) que tenga una representación pluralista. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2002).

⁸¹ Seguimos en este punto a MIRANDA (2015), p. 32.

En primer término, la autonomía orgánica se refiere al carácter soberano de la figura derivado de su composición, la forma de designación de sus titulares, su duración en el cargo, requisitos curriculares de elegibilidad, su régimen de incompatibilidades, y las atribuciones de personalidad jurídica y de potestad normativa.

Por lo que a la autonomía funcional se refiere, aludimos a la independencia de la institución respecto de los poderes públicos. Es decir, que no dependa su ámbito de intervención de los dictados procedentes de organismo gubernamental o partido político alguno, ya sea a nivel nacional, regional o local. Es por ello, que el Defensor debe tener libertad suficiente para definir su propia agenda, priorizando los asuntos de mayor interés para los niños, niñas y adolescentes, y no los marcados desde los ejes programáticos de los poderes públicos. Asimismo, debe asegurarse que el Ombudsman infantil cuente con la potestad suficiente para poder opinar en contra, con impunidad y sin ninguna interferencia o censura, sobre el efecto de las políticas gubernamentales en los niños y niñas.

No obstante lo apuntado, estas instituciones no eximen de sus responsabilidades, ni mucho menos, a la plétora de figuras más conocidas que se relacionan con los niños y las niñas, tales como centros educativos, servicios sanitarios, ministerios estatales, autoridades locales, agentes del sector privado o los propios progenitores; por el contrario, la labor de estas oficinas independientes completa y apuntala su desempeño en defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia⁸².

En último término, hacemos mención a la autonomía financiera. La única manera de lograr que el Ombudsman infantil se asiente de forma estable y alcance una connotada visibilidad social es garantizándole un nivel mínimo estable de recursos económicos. En caso contrario, el mandato y las facultades de una institución de las características de la apuntada carecerán de todo sentido, o su incidencia en las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes será puramente anecdótica.

3.2. Reconocimiento institucional

Las instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño y de la niña debieran reconocerse a nivel interno, idealmente, en los textos constitucionales (ello confiere a la institución cierto estatus y legitimidad, así como resalta su consideración como un pilar del sistema estatal); o subsidiariamente, siendo con ello más realistas, en normas de rango legal. Esta legislación tiene que comprender, necesariamente, disposiciones que

⁸² Cfr. UNICEF (2012), p. 4.

enuncien las funciones, facultades, obligaciones y control de estos organismos de conformidad con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos.

Para el caso chileno, y siendo conscientes de las dificultades de incorporar una modificación como la apuntada en la Constitución de la República, o del tiempo que ello pudiere demorar, nos inclinamos más por, en primer término, incorporar un mandato en la Ley de Sistemas de Garantías de los Derechos de la Niñez (actualmente en tramitación parlamentaria, concretamente, este Proyecto de Ley ingresó a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015) y, posteriormente, desarrollar esta previsión por una disposición parlamentaria especial.

Tal y como se prevé en el propio Proyecto de Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez, esta norma se configura como una ley marco que sienta las bases generales del sistema chileno de atención y protección de los niños, niñas y adolescentes. Así, este texto debiera permitir, y me atrevería a decir que garantizar, el desarrollo futuro de distintos cuerpos normativos que vengan a completar la institucionalidad y poner en ejecución sus postulados. Pues bien, precisamente, una de las nuevas instituciones a las que se hace mención expresa en los Fundamentos del Proyecto de Ley de Garantías, postergando su desarrollo a una futura ley especial, es la relativa al Defensor de la Niñez (en realidad ya se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley, de marzo de 2016, en virtud del cual se crea la Defensoría de la Niñez en Chile, Boletín N° 10.584-07).

No obstante lo apuntado *ut supra*, y dando por sentado que el Defensor de la Niñez, como no podría ser de otro modo, forma parte de ese sistema general de atención y protección a la infancia y la adolescencia, debiera incorporarse en el cuerpo articulado del Proyecto de Ley de Garantías, pues ahora no lo está, una previsión expresa que se encargara de crear y caracterizar mínimamente la figura, remitiendo, acto seguido, a una norma con rango de ley, el detalle de su regulación posterior⁸³.

Efectivamente, seríamos partidarios de que la futura Ley de Garantías contuviera una estipulación del tenor de la apuntada a continuación: 1. Se crea el Defensor de los derechos de la infancia y la adolescencia. Esta institución, de

⁸³ Miranda, mostrando una cierto grado de desconfianza hacia el legislador chileno, no comparte nuestro posicionamiento al entender que la posibilidad de incluir el Defensor de la Infancia en un proyecto de ley de garantías, remitiendo la creación del organismo a una ley posterior que debiera ser dictada en un determinado plazo, no garantiza la creación de esta institución, ya que el legislador, apunta dicha autora, podría desconocer el mandato sin mayores consecuencias jurídicas. MIRANDA (2015), p. 35.

acuerdo con la ley que la regula, tiene la misión de promover los intereses y los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de velar por el pleno cumplimiento de las condiciones de su desarrollo integral. 2. El Defensor de los derechos de la infancia y la adolescencia debe presentar anualmente al Congreso un informe específico sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes en Chile en relación con los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación relativa a infancia y adolescencia.

Acto seguido, la Ley especial encargada no de crear, sino de desarrollar la Defensoría de los Derechos de la Niñez, debiera configurar a esta institución como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Ello con la única finalidad de mantenerla fuera de los cuadros orgánicos de la administración del Estado, no sujeta, por ende, a controles jerárquicos, ni de supervigilancia o tutela⁸⁴.

3.3. Representatividad de las voces y visiones de los niños, niñas y adolescentes

Todo Defensor de la Infancia, y el chileno no puede ser una excepción, debe garantizar una aplicación efectiva del principio rector consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollado en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009), es decir, el derecho de todos los niños y niñas capaces de expresar una opinión a ser escuchados y a ser tomados en serio en todas aquellas cuestiones que les afecten⁸⁵.

Un Comisionado para la Infancia serio y respetable debe asegurar no sólo que su propio trabajo esté tan informado como sea posible por las opiniones de

⁸⁴ En este sentido, la Defensoría de los Derechos de la Niñez podría adoptar la misma naturaleza jurídica atribuida al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Así, la Ley N° 20.405, de 24 de noviembre de 2009, que crea el INDH, establece en el primero de sus preceptos “créase el Instituto Nacional de Derechos Humanos, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”.

⁸⁵ Cfr. NEWELL (2000), p. 137. Por su parte, Elisa Pozza defiende que “the Ombudsman must effectively implement Article 12 of the New York Convention on the Rights of the Child, which recognizes that children have the right to express their own opinions freely on every issue of relevance to them. This means that there no bureaucratic barriers must be placed between children and the Ombudsman, but that they must be able to discuss directly, without intermediaries. The main purpose of introducing the Ombudsman must therefore be to provide someone who can speak out, representing the interests of all children. In order to collect all the input which children submit to the Ombudsman, the latter must be guaranteed the right to gain access to all children’s institutions, with powers to carry out inspections and investigations in cases in which children are involved”. POZZA (2000), p. 149.

los niños, niñas y adolescentes, sino que también debe crear las oportunidades, o espacios si se quiere, para que estos puntos de vista estén directa y debidamente representados en otras instituciones y aparatos de poder⁸⁶. En igual sentido, es altamente recomendable que durante el proceso de designación del Defensor de los Derechos de la Niñez se dé la posibilidad a los propios niños, niñas y adolescentes de pronunciarse al respecto, obligando de este modo a los posibles candidatos a tener presente, ya desde un momento inicial, sus particulares puntos de vista⁸⁷. En este sentido, el Proyecto de Ley, de marzo de 2016, en virtud del cual se crea la Defensoría de la Niñez en Chile, no se pronuncia sobre el rol reservado a las personas menores de edad tanto en el proceso de selección como de elección del que debe ser su máximo representante⁸⁸. Entendemos, pues, de suma importancia que el legislador reconsidere tal circunstancia.

Para conseguir que un proyecto, como el del Defensor de la Infancia, sea realmente integrativo debe conceptualizarse la participación como un derecho de la infancia y la adolescencia. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a la participación no como una finalidad en sí misma, sino como un procedimiento que garantice la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de tomar decisiones en aquellas cuestiones que les incumban. La

⁸⁶ Un antes y un después en el derecho de audiencia de las personas menores de edad viene marcado por el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia de 24 de febrero de 2012, concluye que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la Corte Suprema no había explicado en su resolución cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, la Corte Interamericana constató que la Corte Suprema chilena no adoptó una decisión en la que razonara sobre la relevancia atribuida por dicho órgano judicial a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y los motivos por los cuales se apartaba de su voluntad. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, pero sin motivar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta el estrecho vínculo existente entre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y el objetivo de dar contenido al principio del interés superior del niño.

⁸⁷ En este sentido, la Oficina de investigación del Unicef, Innocenti, manifiesta en un estudio global sobre las instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños, que se detecta en la promoción de la participación de los niños/as una atención desigual. Por regla general, las instituciones de los países de rentas altas a menudo Defensores del Niño/a especializados, desarrollan mucho más este aspecto de su trabajo o función que las instituciones de los demás países. UNICEF (2012), p. 13.

⁸⁸ Tal circunstancia no deja de ser una transposición, al ámbito que nos ocupa, del adagio propio del paternalismo político ilustrado de *todo por el pueblo pero sin el pueblo*, que adaptado a nuestro contexto expositivo se traduciría como un *todo por la infancia pero sin la infancia*.

Convención ofrece, por tanto, un panorama en el que la persona menor de edad es un individuo, además de miembro de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a sus distintas etapas de desarrollo. Al aceptar los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde esta perspectiva, la Convención orienta firmemente sus mandatos hacia el pleno reconocimiento de la personalidad integral del niño, la niña y el adolescente⁸⁹.

Es necesario, sin lugar a dudas, abandonar actitudes paternalistas o caducas convenciones educativas en que los niños, niñas y adolescentes son contemplados todavía en función de lo que puedan llegar a ser —en el día de mañana— y no por lo que preguntan, sienten o necesitan en tiempo real. Entender la participación como un derecho implica, pues, aceptar que el núcleo poblacional más joven tiene sus propios anhelos y opiniones con respecto a los temas que les atañen e inquietan; arrinconando, con ello, antiguas teorías que nos recuerdan que los verdaderos expertos y portavoces de los derechos y las necesidades de los niños, niñas y adolescentes son, en realidad, los adultos⁹⁰.

Otro aspecto esencial, que también debiera informar de forma transversal toda la actividad desarrollada por el Defensor del Niño/a, radica en el hecho de no perder de vista la diversidad de personas menores de edad residentes en el territorio donde centra su ámbito de intervención, en nuestro caso Chile. Algunos grupos de niños, niñas y adolescentes corren el riesgo sistemático de quedar permanentemente invisibilizados y marginados. Una efectiva representatividad de la llamada “voz”, o tal vez mejor “voces”, de la infancia implica, necesariamente, plantearse como objetivo prioritario de la oficina del Defensor del Niño/a la inclusión de aquellos colectivos que, por regla general, están siempre fuera del sistema, especialmente los niños y niñas en situaciones de pobreza, con capacidades especiales, inmigrantes, pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas o tutelados por parte de las administraciones públicas.

Para reforzar este último aspecto, el Proyecto de Ley, de marzo de 2016, en virtud del cual se crea la Defensoría de la Niñez en Chile debería incluir en su articulado un mandato explícito al respecto, con la finalidad de potenciar un enfoque proactivo para acceder a esos grupos más vulnerables de la población infantil.

⁸⁹ Cfr. RAVETLLAT (2014), pp. 4-5; RAVETLLAT (2013), pp. 470-472, y MEIRIEU (2004), p. 33.

⁹⁰ Cfr. JACQUARD (2004), p. 21.

3.4. Promoción de los entornos respetuosos con los derechos de la infancia y la adolescencia

Otro de los elementos informadores que conduce la actuación de las instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños/as es el mandato que recae sobre éstas de favorecer entornos displicentes para con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin ir más lejos, dado el papel primordial de las familias (artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño) en el bienestar de las personas menores de edad, los Defensores de la Niñez están llamados a presionar al Estado para que facilite a las familias la asistencia necesaria y promueva políticas de respaldo a la capacidad de estos núcleos sociales para atender a sus integrantes⁹¹.

En esa misma línea de actuación, el Ombudsman infantil debe incidir en el ámbito educativo desde diversas dimensiones, tales como la accesibilidad, la calidad de la enseñanza y el centro escolar como entorno seguro, sano y acorde con la dignidad y el desarrollo integral de todos y cada uno de sus estudiantes.

No podemos olvidar tampoco el papel crucial llamado a desempeñar por el Defensor del Niño/a como elemento garante de las condiciones de vida, tanto material como espiritual, de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran recibiendo modalidades alternativas de cuidado. En igual medida, debe velar por el bienestar de los adolescentes en conflicto con la ley penal y que se hallen cumpliendo una medida en régimen cerrado.

3.5. Interés superior del niño/a

Si hay algún principio o parámetro que deba guiar, informar, inspirar y en algunos casos incluso limitar la actuación del Defensor del Niño/a ese es sin lugar a dudas el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño/a⁹².

Para dar contenido a esta afirmación, debemos poner en correlación lo estipulado tanto por la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño (2002) como por los denominados Principios de París (1993), con las previsiones derivadas de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una

⁹¹ Cfr. PINOCHET y RAVETLLAT (2015), pp. 70-72.

⁹² Cfr. RAVETLLAT y PINOCHET (2015), pp. 904-906.

consideración primordial⁹³. Ciertamente, esta última Observación General gira en torno al concepto dinámico⁹⁴ del interés superior del niño, con la finalidad última de facilitar a todos los agentes sociales su adecuada interpretación y puesta en escena; garantizando, así, el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los que niños, niñas y adolescentes son titulares.

El objetivo del artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, criterio rector que debe informar todas y cada una de las intervenciones del Ombudsman for Children, es garantizar que el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño se observe en todas y cada una de las decisiones y medidas adoptadas, ya sea desde el sector público o privado, que incidan en el ámbito de los derechos de la niñez. Esto significa que, en cualquier actuación o intervención que afecte a uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a la que se atenderá preferentemente. La locución “*medidas*”, contenida en el artículo de referencia, incluye no sólo las decisiones finales, sino también todos los actos, conductas propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Ello sin olvidar, que la pasividad o inactividad también están incorporadas a esta noción⁹⁵.

Consecuentemente, la obligación jurídica contenida en el artículo 3, párrafo primero, de la Convención es de aplicación a todas las decisiones y medidas que afecten directa o indirectamente a los niños. Por tanto, la expresión, “*concernientes a*”, debe ser entendida en un sentido amplio; refiriéndose, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo término, a otros actos que repercutan en la infancia y la adolescencia, individual o colectivamente considerada, aunque la medida no vaya dirigida directamente a este colectivo poblacional.

Por último, destacar que el texto de la Convención alude de forma explícita a “*todas las medidas concernientes a los niños*”, utilizando el plural “*niños*” (*children* en la versión inglesa) y no el singular “*niño*” (*child* en la versión inglesa).

⁹³ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

⁹⁴ La Observación General N° 14, en su párrafo 1°, utiliza la locución “*concepto dinámico*” para referirse al interés superior del niño. En realidad esta expresión es utilizada con idéntica significación que la contenida en la más conocida noción de “*concepto jurídico indeterminado*”. El empleo de la voz “*concepto dinámico*” procede, casi con toda seguridad, de la traducción literal de la versión inglesa “*dynamic concept*”, puesto que en el lenguaje jurídico anglosajón no existe figura alguna conocida bajo la idea de concepto jurídico indeterminado.

⁹⁵ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, p. 7.

Tal circunstancia responde a que el precepto en cuestión pretende ofrecer una imagen global de la infancia, como un todo, y no centrarse en casos particulares. En definitiva, desde esta perspectiva, por tanto, el interés superior del niño se concibe tanto como un derecho colectivo como individual.

Lo cierto es que la Convención no define ni enumera indicador alguno que facilite la concreción práctica de esta cláusula abstracta del interés superior del niño, dejando su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación⁹⁶. Pues bien, si existe alguna institución a la que precisamente corresponda velar para que los mandatos expresados en el precepto de referencia sean respetados, esa no es otra sino la Defensoría de la Niñez.

3.6. Dotado de auctoritas

La idoneidad, prestigio y despolitización de la persona que va a ocupar el cargo de Defensor de los Derechos de la Niñez es fundamental para el bien hacer y respeto de la institución. En este sentido, para dar cumplimiento a tales requerimientos cabría, por ejemplo, emular lo exigido para llegar a ser miembro del Comité de los Derechos del Niño, es decir, que el Defensor y su equipo tengan que acreditar fehacientemente ser expertos de integridad moral y prestigio nacional e internacional reconocido en materia de derechos humanos de la infancia y la adolescencia⁹⁷.

Ahondando en lo apuntado, para que el Defensor del Niño/a chileno logre realmente estar dotado de ese saber y prestigio socialmente reconocidos debe reunir una serie de premisas, a nuestro entender, totalmente imprescindibles.

⁹⁶ Aguilar apunta que el artículo 3 inciso 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño no esclarece lo que debe entenderse como el interés superior del niño. Si bien, en palabras del propio autor, la Convención sí hace referencia al citado principio en múltiples, ocho para ser más exactos, ocasiones, esto es, en el artículo 3 mencionado, y en los artículos 9.1, 9.3, 18, 20, 21, 37, y en el 40, en ninguno de ellos se explica o define cuál es el verdadero significado de este concepto jurídico indeterminado. AGUILAR (2008), p. 229. Por su parte, Picontó señala que el tema del interés superior del niño no sólo surge cuando se habla del desarrollo de la vida del niño o del aspecto generacional, sino también en vista de las diferencias entre los niños mismos. PICONTO (2016), pp. 136-137.

⁹⁷ A mayor abundamiento, añadir que antes de asumir sus funciones, cada miembro del Comité debe hacer en sesión pública del Comité la siguiente declaración solemne: "Declaro solemnemente que, en el desempeño de mis funciones y en el ejercicio de mis facultades como miembro del Comité de los Derechos del Niño, actuaré en forma honorable, fiel, imparcial y concienzuda". Artículo 15 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991. Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones - Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005.

En primer término, debe irrogarse como una institución plenamente desarrollada y capaz de actuar ante la Administración. En otras palabras, tiene que transformarse en un instrumento adecuado para el ejercicio de la llamada *magistratura de la persuasión*. El rigor jurídico y solidez de las funciones de supervisión y control que tiene asignadas provocarán ante los poderes públicos el crédito y consideración imprescindibles frente a sus pronunciamientos.

En segundo lugar, no podemos obviar que la ciudadanía observa con suma atención la actuación de las distintas instituciones sobre las que va graduando su nivel de opinión en términos de confianza o de facilidad para identificar sus legítimos intereses. En la medida en que esa identidad se genere frente al Defensor del Niño/a, se consolidará su impregnación democrática como garante eficaz y cierto de los derechos y libertades de las personas menores de edad. La credibilidad, en definitiva, se convierte en elemento o premisa sustancial para el buen hacer de la figura del Ombudsman⁹⁸.

Y, por último, es de vital importancia que se asocie o identifique al Defensor del Niño/a con una instancia para el diálogo y la discusión de los conflictos entre los poderes públicos y los jóvenes ciudadanos —ya sea a título individual o colectivo—. En no pocas ocasiones, la tarea asignada al Defensor, más que solventar problemas, es la de lograr que se aborden y debatan. De este modo, el control *sui generis* que lleva a cabo el Defensor, difiere en gran medida de la tarea judicial, ya que adopta la forma de colaboración y no de enfrentamiento con el controlado, en una suerte de diálogo institucional. Es por ello que nos atrevemos a afirmar que el método de iniciar su acción contra las decisiones administrativas ha de ser directo, informal, rápido y económico⁹⁹.

En definitiva, respeto por parte de los poderes públicos y credibilidad frente a la ciudadanía en general y ante el grupo poblacional más joven en particular, se erigen en los fundamentos de una bien entendida *auctoritas*, sobre las que todo Defensor, y el chileno no debiera ser una excepción, debe fundamentar su actividad¹⁰⁰.

⁹⁸ En palabras de Guillermo Escobar, la evidencia empírica demuestra que se trata de instituciones, en todos los casos, con un grado importante de legitimación social, situándose en bastantes países entre las más valoradas, pues conectan bien con las aspiraciones de la sociedad civil; no en vano su trabajo diario consiste en dar respuesta directa a las preocupaciones de los ciudadanos. ESCOBAR (2008), pp. 23-28.

⁹⁹ Cfr. ROWAT (1985), pp. 4-5.

¹⁰⁰ Cfr. MARTÍNEZ-JAMES (1999), pp. 142-143.

3.7. Designación del Defensor de los Derechos de la Niñez

Siguiendo la práctica generalizada en esta materia, entendemos que para garantizar al máximo la autonomía e independencia del Ombudsman infantil frente al Gobierno debe confiarse su nombramiento o designación al Presidente de la República a propuesta del Congreso Nacional.

En este sentido, consideramos que la estructura más adecuada para una institución de estas características en Chile sería la de configurarse como órgano unipersonal; si bien apoyado por diversos asesores. Lo anterior, sin olvidar su caracterización como órgano auxiliar del propio Congreso Nacional, es decir, que corresponde a este órgano legislativo su propuesta de nombramiento, cese y es, además, ante quien presenta sus informes (tanto el ordinario anual como los extraordinarios)¹⁰¹.

Otro aspecto a considerar, radica en la imperiosa necesidad de que el mecanismo de elección del Defensor se abra a la participación de la sociedad civil. Ello redundaría no sólo en una mayor transparencia en la designación del candidato, sino seguramente proporciona a la institución un mayor respaldo social. Al mentar a la sociedad civil nos referimos tanto a los diversos actores sociales relevantes sobre la materia como a los propios niños, niñas y adolescentes.

Efectivamente, este tipo de instituciones únicamente alcanzarán altas cuotas de independencia si el personal del que se dotan responde a idénticos parámetros de autonomía y eficacia. Asegurar la independencia legal, técnica e incluso presupuestaria de un organismo nacional de derechos humanos se nos antoja del todo insuficiente ante la falta de medidas específicas que aseguren que sus integrantes son, tanto a título personal como colectivo, capaces de generar y mantener su autonomía de acción¹⁰².

3.8. Presupuesto estable propio

La futura Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez, norma marco llamada a sentar las bases generales del sistema chileno de atención y protección de los niños, niñas y adolescentes, debiera incorporar en su articulado un principio de prioridad presupuestaria, en virtud del cual los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, estuvieran obligados a dar preferencia en sus partidas

¹⁰¹ Cfr. CARBALLO (2003), pp. 246-250.

¹⁰² Cfr. UN CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (1995), p. 8.

económicas a las actividades de atención, formación, promoción, reinserción, protección, integración, tiempo libre y prevención de los derechos de la infancia y la adolescencia. De esta forma, podría asignarse, de forma estable, parte de ese presupuesto a la institución de la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

4. FUNCIONES Y FACULTADES PROPIAS DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

El objetivo y las funciones encomendadas al Defensor de los Derechos de la Niñez pueden abarcar una amplia gama de actividades y competencias. Definir de modo explícito cada una de ellas puede ser vital para dotar a la institución de autoridad e identidad propia. Si la norma que crea y desarrolla la figura incorpora restricciones significativas a las atribuciones y mandatos que se le confieren, o no los define de una manera lo suficientemente clara, ello se traduce en una merma evidente de su credibilidad, independencia y ámbito de actuación¹⁰³.

Sin ir más lejos, el Proyecto de Ley, en virtud del cual se crea la Defensoría de la Niñez en Chile, de marzo de 2016, en su artículo 2, atribuye como objetivo primordial de la institución el velar por el interés superior de las personas menores de edad que se encuentren dentro del territorio de la República, “respecto de los órganos del Estado y de aquellas personas jurídicas de Derecho Privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de los derechos de los niños y niñas”. Así, el limitar la intervención del Defensor a velar por el interés superior del niño/a en relación con los actos llevados a cabo por entidades que, única y exclusivamente, tengan como objetivo principal la “promoción o protección de los derechos de los niños y niñas”, deja fuera de su ámbito de intervención, contrariando con ello el espíritu dimanante de la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño y de los Principios de París, las prácticas contrarias a los intereses de la infancia y la adolescencia provenientes de entidades cuya misión fundamental no sea, precisamente, la “promoción o protección de los derechos de los niños y niñas”, circunstancia esta que debiera ser inmediatamente modificada.

Dicho esto, entendemos que el cometido llamado a desempeñar por un Defensor de la Infancia puede resumirse en la idea general de que su actuación debe, en todo caso, contribuir a promover los intereses del niño y la niña en el seno de la sociedad. Es decir, deben estar capacitados para influir en la ley, la política y la práctica con el objetivo de lograr un mayor compromiso con los derechos de

¹⁰³ Cfr. UNICEF. OFICINA DE INVESTIGACIÓN, INNOCENTI (2001), p. 4.

la infancia; hacer frente a las violaciones individuales de los derechos; fomentar o realizar investigaciones, y promover la sensibilización sobre la realidad de los niños, niñas y adolescentes.

De una forma más específica, y sin ánimo de agotar el listado de sus funciones, apuntamos acto seguido cuáles, según nuestro parecer, devienen como indispensables y suponen un punto de partida mínimo a todas luces innegociable:

1. Difundir, promover y defender, por propia iniciativa o a instancia de parte, los intereses del niño/a frente a los poderes públicos y privados, ello entendido como una declaración de carácter general y no limitada como la que ofrece el Proyecto de Ley chileno (incluyendo ONGs, organizaciones privadas, tales como los colegios profesionales o las asociaciones de empresarios).

2. Velar por el respeto de la legislación de atención y protección de la infancia y la adolescencia.

3. Proponer medidas para asegurar el respeto de las garantías legales del niño/a.

4. Plantear medidas susceptibles de resolver y prevenir los conflictos entre el niño/a y la sociedad que lo rodea.

5. Garantizar que los poderes públicos y privados estén suficientemente informados sobre los derechos de las personas menores de edad y sobre las medidas que hay que adoptar para cumplir con este fin.

6. Convertirse en un foro de participación directa para los niños, niñas y adolescentes del país, donde los más jóvenes puedan expresarse con plena libertad. Ello implica actuar como instancia receptora, dinamizadora y generadora de opiniones y propuestas provenientes de los niños, niñas y adolescentes.

7. Contar con capacidad decisoria para desarrollar acciones dirigidas a la mejora de las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes, así como para favorecer el reconocimiento social de sus derechos.

8. Actuar como portavoz y ser interlocutor de las personas menores de edad que viven en el territorio de la República, con particular atención a los colectivos en situación de mayor vulnerabilidad, ante las instituciones públicas y privadas, los medios de comunicación y la sociedad en general, así como en las relaciones exteriores que afecten de una u otra forma a los derechos de la infancia y la adolescencia.

9. Asegurar el respeto y desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como del resto de normativa tanto nacional como internacional vigente en la actualidad sobre la materia.

10. Participar en la elaboración de los informes que deba rendir el Estado chileno ante organismos internacionales, en particular, ante el Comité de los Derechos del Niño.

11. Promover el asociacionismo infantil y juvenil y, en general, la participación democrática, así como las relaciones, la coordinación y el dinamismo entre las diferentes entidades infantiles y juveniles existentes en el país.

12. Emitir opinión de forma permanente o periódica sobre aquellos programas, servicios, políticas, proyectos o legislaciones que afecten a los niños, niñas y adolescentes.

13. Proponer, liderar, respaldar y auspiciar la realización de actividades, seminarios y campañas cuyo objetivo sea dar visibilidad a los derechos de la infancia y la adolescencia, especialmente entre el propio colectivo de niños, niñas y adolescentes. El artículo 42 de la Convención, de hecho, impone la obligación a los gobiernos de “dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños”. De igual modo, es asimismo importante llegar a los profesionales que trabajan con los niños/as: profesores, trabajadores sociales, policía, jueces, fiscales, médicos, personal sanitario, abogados, técnicos de las ONGs.

14. Proponer al Parlamento (Poder Legislativo) el presupuesto anual de los programas de la Oficina.

15. Formular propuestas a los organismos competentes en materia de infancia y adolescencia sobre cuestiones que afecten a las personas menores de edad, siempre con la intención última de mejorar sus condiciones de vida y desarrollo integral.

16. Promover la adhesión o ratificación de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

17. Alentar el establecimiento de mecanismos e intercambios internacionales y regionales. Parece claro que las cuestiones relativas a los derechos humanos de los niños no están única y exclusivamente circunscritas por las fronteras nacionales, por lo que es cada vez más necesario articular respuestas a nivel supranacional. Pues bien, las instituciones nacionales de derechos humanos de la infancia y la adolescencia son la instancia perfecta para tejer esas redes de intervención colectiva.

18. Cualquier otra que sea acordada en el marco de sus funciones y finalidades.

Por supuesto, estas funciones recién enumeradas deben ir acompañadas de toda una serie de facultades o atribuciones que permitan y faciliten su efectiva puesta en práctica.

En primer término, el Defensor de los Derechos de la Niñez debe tener reconocida la posibilidad de derivar peticiones a organismos competentes, así como emitir informes y recomendaciones a cualquier órgano del Estado. Ello presupone la prerrogativa de investigar a instancia de parte o por iniciativa propia. Puede, por ende, inspeccionar las actuaciones de los tribunales y los órganos adminis-

trativos, así como, incluso, llevar a cabo la resolución de cuestiones aparecidas en los medios de comunicación.

Vinculado con lo anterior, se le debe reconocer también la competencia de acceder, sin previo aviso, a cualquier centro, instalación o servicio destinado a la atención de la infancia y la adolescencia. Sin ir más lejos, en la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño se subraya la importancia de que el Defensor del Niño/a tenga especial contacto con aquellos niños y niñas que reciben modalidades alternativas de cuidado, así como con aquellos otros/as que se encuentren en cualquier otro entorno de vida en régimen “cerrado”¹⁰⁴. Efectivamente, entendemos como esencial que estas instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños ostenten la prerrogativa de efectuar visitas sin previo aviso a los centros de detención, hogares de acogida, centros residenciales y demás servicios públicos o privados de atención a la infancia y la adolescencia.

En tercer lugar, el Defensor del Niño/a también debe estar habilitado para requerir antecedentes, informes o cualquier otro tipo de documentación a los órganos de la administración del Estado u otros servicios concertados, cuando dentro del ámbito de sus competencias, tome conocimiento, de oficio o a petición de parte, de posibles vulneraciones a los derechos de los niños, niñas o adolescentes por actos u omisiones de las citadas instituciones.

Un cuarto aspecto a resaltar, radica en su legitimación activa para denunciar vulneraciones a los derechos de la infancia y la adolescencia ante el órgano administrativo o judicial competente, al igual que actuar como *amicus curiae* ante los tribunales de justicia.

Finalmente, también debiera ostentar la potestad de convocar, caso de existir, una mesa nacional de coordinación que reúna a los diferentes actores sociales del país intervinientes en materia de infancia y adolescencia, y en idéntica medida celebrar convenios de colaboración y cooperación con organismos públicos y privados nacionales e internacionales.

Afirmado lo anterior, una notable limitación que cercena el poder del Defensor del Niño/a es que, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, no ostenta facultad para anular o revocar decisión alguna, ni dispone de potestad directa sobre

¹⁰⁴ Esta recomendación emitida por el Comité de los Derechos del Niño es acorde con las disposiciones de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices Riad, aprobadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución de la Asamblea General 45/113, de 14 de diciembre de 1990).

los tribunales o la administración. Sólo cuenta con la atribución de investigar y cuando constata que se ha producido, efectivamente, una injusticia proponer o recomendar que se remedie. Su autoridad se basa en su objetividad, su competencia, sus superiores conocimientos y su prestigio. Así, cuando las autoridades no aceptan la solución apuntada por el Defensor, su principal arma, para asegurar una resolución del conflicto, se cifra en la publicidad que pueda dar al problema a través de los medios de comunicación.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 4, obliga a los Estados Partes a “adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la citada Convención”; y es, precisamente, en este sentido, que los organismos de derechos humanos, representan un instrumento altamente significativo a la hora de garantizar su aplicación y promover la realización universal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La falta de poder económico y político de los niños, niñas y adolescentes, y su consecuente vulnerabilidad ante la explotación, los abusos y el abandono, exige la creación, por parte del Estado chileno, de un organismo independiente autorizado para actuar en defensa de las personas menores de edad y centrado exclusivamente en velar por su interés superior. Sin una institución de estas características, la evidencia revela que con casi toda seguridad saldrán perdiendo ante otros intereses y grupos de presión.

El modelo desarrollado por cada país necesita reflejar y dar respuesta a sus propias realidades políticas y sociales, no existiendo, en consecuencia, un único prototipo válido. Ahora bien, más allá del sistema elegido, el nombramiento, por parte del Estado chileno, de un Comisionado o Defensor de los Derechos de la Niñez pondría de manifiesto la inequívoca voluntad de lograr una progresiva realización de los derechos del niño/a.

Así las cosas, la aprobación de la ansiada ley que cree en Chile la figura del Defensor del Niño/a, no servirá de nada si no existe un claro compromiso y voluntad gubernamental de conceder a los niños/as la alta prioridad política que se merecen. Sin ese decidido apoyo del gobierno, y por qué no decirlo de la oposición, los recursos, el desarrollo normativo y las estructuras necesarias para hacer realidad la puesta en marcha y estabilización de una figura como la tratada no existirán.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR CABALLO, Gonzalo y STEWARD, Rebecca (2008): “El Defensor del Pueblo Latinoamericano como institución independiente de promoción y protección de los derechos humanos: referencia especial a la situación actual en Chile”, *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte de Chile*, Nº 2, pp. 21-66.
- AGUILAR CABALLO, Gonzalo (2008): “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Nº 1, pp. 223-247.
- ALFARO MUIRHEAD, Christian (1991): “Notas sobre el establecimiento del Ombudsman en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, Vol. 2, Nºs. 1-2, pp. a1-70.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (2006): “Política familiar en el marco de las competencias y la organización autonómica de España”, en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (edit.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 174-175.
- ANGUITA SUSI, Alberto (2006): *El Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales. Medios, mecanismo y procedimiento* (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 254.
- ARCHARD, David (1993): *Children Rights and Childhood* (London, Routledge), p. 30.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1993): Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Principios París), de 20 de diciembre de 1993 - Resolución A/RES/48/134.
- BAJO, Fe y BELTRÁN, José Luis (1998): *Breve historia de la infancia* (Madrid, Temas de Hoy), p. 245.
- BARTLETT, Sheridan y HART, Roger (2001): *Ciudades para niños. Los derechos de la infancia, la pobreza y la administración urbana* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), p. 5.
- BECCHI, Egle y JULIA, Dominique (1998): *Histoire de l'enfance en Occident. De l'antiquité au XVII siècle* (París, Seuil), p. 42.
- CARBALLO ARMAS, Pedro (2003): *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho comparado* (Madrid, Tecnos), pp. 263.

- CASAS AZNAR, Ferrán (2007): *Informe técnico sobre experiencias de participación social efectiva de niños, niñas y adolescentes* (Madrid, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte), p. 8.
- CASAS AZNAR, Ferrán (2005): *Tres miradas a los derechos de la infancia. Estudio comparativo entre Cataluña y Molise* (Madrid, Plataforma de Organizaciones de Infancia), p. 11.
- CASAS AZNAR, Ferrán (1998): *Infancia: perspectivas psicosociales* (Barcelona, Paidós), p. 67.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO DE UNICEF (1999): “El trabajo del defensor de los niños”, *Innocenti Digest*, N° 1, pp. 1-20.
- CIFUENTES, Eduardo (2001): “La Defensoría del Pueblo en Colombia: retos de una Defensoría en medio de un contexto de conflicto armado e inequidad”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, N° 1, pp. 223-252.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2015): Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, octubre de 2015 - Documento CRC/C/CHL/CO/4-5.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013): *Observación General N° 14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013* - Documento CRC/C/CG/14.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2010): Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado paraguayo, febrero de 2010 - Documento CRC/C/PRY/CO/3.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2010): *Orientaciones generales respecto a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 23 de noviembre de 2010* - Documento CRC/C/58/Rev. 2.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009): *Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009* - Documento CRC/C/CG/12.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007): Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado chileno, de 23 de abril de 2007 - Documento CRC/C/CHL/CO/3.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2002): *Observación General N° 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, de 15 de noviembre de 2002* - Documento CRC//CG/2002/2.

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1996): *Orientaciones generales respecto a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1996* - Documento CRC/C/58.
- COMMAILLE, Jacques (2004): “L’enfant européen”, en GADBIN, Daniel & KERNALLEGUEN, Francis (edit.), *Le statut juridique de l’enfant dans l’espace européen* (Bruselas, Bruylant), p. 26.
- CORCHETE MARTÍN, María José (2001): *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca), p. 198.
- COTS I MONER, Jordi (2009): “El defensor de los derechos de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (edit.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Barcelona, Bosch), pp. 449-456.
- COTS I MONER, Jordi (2008): “El defensor de los derechos del niño”, *Educación Social*, N° 38, pp. 26-46.
- COTS I MONER, Jordi (1999): “L’adjunt al Síndic per a la defensa dels drets dels infants a Catalunya”, *Revista de Trabajo Social*, N° 155, pp. 148-158.
- COTS I MONER, Jordi (1996): “Un Ombudsman para la infancia”, *Revista de Trabajo Social*, N° 144, pp. 6-17.
- COTS I MONER, Jordi (1979): *La Declaración Universal de los Derechos del Niño* (Barcelona, Ediciones 62), pp. 91-92.
- DEWEY, John (1971): *Democracia y educación. Una introducción a la filosofía de la educación* (Buenos Aires, Losada), pp. 51-52.
- EMMANUEL, Muriel y GISSING, Vera (2001): *Nicholas Winton and the rescued generation. The story of Britain’s Schindler* (London, Vallentine Mitchell), pp. 1-189.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo (2008): *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica* (Cizur Menor, Thomson Aranzadi), pp. 387.
- FAUBELL ZAPATA, Vicente (1990): “Notas históricas acerca de los derechos del niño –Antecedentes de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959–: antecedentes doctrinales; antecedentes sociocaritativos y filantrópicos; antecedentes jurídicos”, en *Derechos del niño* (Madrid, Cruz Roja Española), p. 60.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN (2013): *Aproximación diagnóstica sobre el estado de situación de las áreas de trabajo de niñez y adolescencia en el marco de los Organismos de Derechos Humanos miembros de la Federación Iberoamericana del Ombudsman* (San Juan de Puerto Rico, FIO), p. 15.

- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN (2012): *Primer encuentro de la Red de Niñez y Adolescencia* (Asunción, FIO), p. 11.
- FLEKKOY, Málfrid Grude (1990): “Ombudsmen for children: actualization”, en Simposio Internacional “La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI”, celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del cincuentenario de la creación del UNICEF (Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca), pp. 55-63.
- FLEKKOY, Málfrid Grude (1991): *A voice for children: speaking out as their Ombudsman* (London, Jessica Kingsley Publishers), p. 18.
- FLEKKOY, Málfrid Grude (1996): *Agir pour les droits de l'enfant. L'expérience du Médiateur pour l'enfance en Norvège* (Florenca, International Child Development Centre. Unicef), p. 12.
- GAITÁN MUÑOZ, Lourdes (2006): *Sociología de la infancia* (Madrid, Síntesis), p. 28.
- GUTIÉRREZ DE COLMENARES, Carmen María (2001): “El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, N° 1, pp. 271-306.
- HOSSAIN, Kamal; BESSELINK, Leonard; y VÖLKER, Edmon (2000): *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National experiences throughout the world* (The Hague, Kluwer Law International), p. 864.
- JACQUARD, Albert (2004): *¿Una educación sin autoridad no sanción?* (Barcelona, Paidós), pp. 94.
- JOHN, Mary (2003): *Children's rights and power* (London, Jessica Kingsley Publishers), pp. 75, 76 y 80.
- KORCZAK, Janusz (1999): *Como amar al niño* (Vic, Eumo), pp. 1-125.
- KORCZAK, Janusz (1999): *El derecho del niño al respeto* (Vic, Eumo), p. 403.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2013): “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile: una mirada crítica a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y la adolescencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 3, pp. 929-952.
- LEGRAND, André (1970): *L'Ombudsman Scandinave. Études Comparées sur le Contrôle de l'Administration* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), p. 541.
- MAKRIMIOTI, D. (1994): “Conceptualization of Childhood in a Welfare State: a critical reappraisal”, en QVORTRUP, Jeans (edit.), *Childhood matters: social theory, practice and politics* (Aldershot, Avebury), p. 112.

- MARTÍNEZ-JAMES, Manuel (1999): “Técnicas y procesos de negociación más comunes en nuestras instituciones: experiencias prácticas”, en CENTRO DE INICIATIVAS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO (edit.), *El fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano* (Madrid, Universidad de Alcalá), pp. 121-143.
- MEIRIEU, Philippe (2004): *El maestro y los derechos del niño. ¿Una historia de un malentendido?* (Barcelona, Octaedro-Rosa Sensat), p. 48.
- MELTON, Gary B. (1991): “Lessons from Norway: the Children’s Ombudsman as a voice from children”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 23, pp. 197-254.
- MIRANDA ARRATIA, Patricia (2015): *Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile* (Santiago, Unicef), p. 57.
- MORO, Alfredo Carlo (1992): *L’enfant sans droits* (Paris, Fayard), p. 27.
- MOURÉ PINO, Ana María (2014): *El Ombudsman. Un estudio comparado con especial referencia a Chile* (Madrid, Dykinson), p. 206.
- MOURÉ 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*, Nº 1, pp. 179-203.
- NEWELL, Peter (2000): “The place of child rights in a Human Rights and Ombudsman System”, en HOSSAIN, Kamal; BESSELINK, Leonard y VÖLKER, Edmon (edit.), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National experiences throughout the world* (The Hague, Kluwer Law International), pp. 133-145.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2001): “Las competencias para un defensor del ciudadano en Chile”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, Nº 1, pp. 443-460.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1987): *El ombudsman o defensor de la persona en el derecho comparado y en la experiencia mundial: reflexiones para su consideración en Chile* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (1991): *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen* (Madrid, Revista de Derecho Privado), pp. 165-166.
- PICADO, Sonia (1999): “Instrumentos internacionales de Derechos Humanos”, en CENTRO DE INICIATIVAS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO (edit.), *El fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano* (Madrid, Universidad de Alcalá), pp. 63-83.
- PICONTÓ NOVALES, Teresa (2016): “Fisuras en la protección de los Derechos de la Infancia”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 33, pp. 133-166.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015): “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas

- normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLIV, pp. 69-96.
- POZZA TASCA, Elisa (2000): “From the New York Convention to the Institution of the Ombudsman”, en HOSSAIN, Kamal; BESSELINK, Leonard y VÖLKER, Edmon (edit.), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National experiences throughout the world* (The Hague, Kluwer Law International), pp. 147-151.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto (2015): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 3, pp. 903-934.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015): *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia* (Valencia, Universidad Politécnica de Valencia), pp. 1-123.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2014): “Trascendencia actual de la clásica cuestión del *dolo alicuius minor* en el Derecho civil patrimonial chileno”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro; SEVERIN FUSTER, Gonzalo; y MEJÍAS ALONZO, Claudia (edit.), *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso 2014* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters), pp. 739-750.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2014): “Ciudades amigas de la infancia y la adolescencia. Principios inspiradores de un nuevo modelo de convivencia social más respetuoso con la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 12)”, *La Ley. Derecho de Familia*, 10 de diciembre de 2014, pp. 1-19.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2013): “Participación de la infancia y la adolescencia en el ámbito municipal”, en CRESPO GARRIDO, María y MORETÓN SANZ, M^a. Fernanda (Coords.), *Violencia y familia: educar para la paz* (Madrid, Colex), pp. 465-488.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012): “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio siglo XXI*, N° 2, pp. 89-108.
- ROCHEFORT, Christiane (1982): *Los niños primero* (Barcelona, Anagrama), p. 17.
- ROWAT, Donald C. (1985): *El Ombudsman en el mundo* (Barcelona, Teide), p. 182.
- SAVE THE CHILDREN (2000): *Children’s Rights: reality or rethoric?* (London, Sarah Muscroft), p. 26.
- SENEVIRATNE, Mary (2002): *Ombudsman. Public services and administrative justice* (London, Butterworths), p. 350.
- TOSCHI, Massimo (1997): *Chronology of the legal evolution of children’s rights. De l’amour vers le respect* (Bruxelles, European Forum for Children Welfare), p. 112.

- UNICEF. OFICINA DE INVESTIGACIÓN, INNOCENTI (2012): *La defensa de los derechos del niño* (Floencia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), p. 27.
- UNICEF. OFICINA DE INVESTIGACIÓN, INNOCENTI (2001): “Independent institutions. Protecting children’s rights”, *Innocenti Digest*, N° 8, pp. 1-29.
- UNICEF. OFICINA DE INVESTIGACIÓN, INNOCENTI (1997): “El trabajo del defensor de los niños”, *Innocenti Digest*, N° 1, pp. 1-22.
- UN CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (1995): National Human Rights Institutions. A handbook on the establishment and strengthening of national institutions for the promotion and protection of human rights (Geneva, UN Centre for Human Rights), p. 55.
- VERHELLEN, Eugene (1997): *Convention on the Rights of the Child* (Gent, Garant Publishers), p. 16.
- WINTON, Bárbara (2014): *If it’s not imposible... The life of Sir Nicholas Winton* (London, Troubadour Publishing), pp. 1-296.