

Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

HACIA UN DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA PARA CHILE



Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**HACIA UN DEFENSOR DE LOS
DERECHOS DE LA INFANCIA PARA CHILE**



Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, Nº 1
“Hacia un Defensor de los Derechos de la infancia para Chile”

©Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Autora: Patricia Miranda Arrati
Coordinador y editor académico: Nicolás Espejo Yaksic (UNICEF)
Colaboradores: Sebastián López Segura y Anuar Quesille Vera

Edición: Carolina Silva
Diseño y diagramación: Carlos Bravo

Registro de Propiedad Intelectual: 250793

Edición de 500 ejemplares
Santiago de Chile
Abril de 2015

Impresión: Andros Impresores

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	05
INTRODUCCIÓN.....	07
I EL OMBUDSMAN U OMBUDSPERSON Y EL DEFENSOR DE LA INFANCIA:	
CONSIDERACIONES GENERALES	09
1. El Ombudsman o Defensor del Pueblo	09
2. El Ombudsman de la Infancia en derecho comparado	13
3. Síntesis	22
II INTENTOS DE INCORPORACIÓN DEL OMBUDSMAN Y DEL DEFENSOR DE LA	
INFANCIA EN EL DERECHO CHILENO.....	23
1. Referencia general a las iniciativas constitucionales y legales en la materia	23
2. Iniciativas de Gobierno que establecen un Defensor del Pueblo general	25
3. Iniciativas parlamentarias que establecen Defensorías de la Infancia	26
4. Observación general	29
III HACIA EL DEFENSOR DE LA INFANCIA EN CHILE: DISEÑO Y RECONOCIMIENTO LEGAL.....	31
1. Autonomía del Defensor de la Infancia.....	31
2. Funciones y atribuciones del Defensor de la Infancia.....	41
3. Presencia territorial del Defensor de la Infancia.....	47
4. Regulaciones comunes aplicables a los órganos de la administración del Estado.....	47
IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	55

PRESENTACIÓN

El Estado de Chile ha decidido llevar adelante una serie de reformas legales orientadas a contar con un nuevo marco integral para la protección de los derechos de la infancia. Junto con ello, será necesario dotar a los propios niños, niñas y adolescentes de mecanismos autónomos e independientes para la promoción y protección de sus derechos.

Siguiendo los estándares fijados por la Convención sobre los Derechos del Niño, así como su progresiva interpretación por parte del Comité de los Derechos del Niño, UNICEF ha estimado oportuno cooperar con la realización de un estudio que permita orientar el debate legislativo tendiente a la creación de un *Defensor del Niño o de la Infancia*, autónomo e independiente del gobierno, y cuyas competencias, recursos y capacidades permitan velar por los derechos de la infancia.

La figura del *Defensor del Niño o de la Infancia* es, en este sentido, una garantía fundamental de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de los mecanismos de promoción y defensa que se establezcan al interior de una nueva institucionalidad de infancia en Chile.

Este estudio que presentamos busca, además, contribuir al actual proceso de reformas legales. En particular, en lo referido a la identificación de estándares legales internacionales, mejores prácticas comparadas y las propias iniciativas de reforma que se han desplegado en la materia.

UNICEF espera que este trabajo, sumado a los esfuerzos desarrollados por la sociedad civil, el mundo académico, el Congreso Nacional y los propios niños, niñas y adolescentes, permita consolidar el proceso de plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el orden interno.



Hai Kyung Jun
Representante de UNICEF en Chile

INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto proveer de una propuesta para el establecimiento en Chile de un Defensor de los derechos de la Infancia (en adelante, El Defensor de la Infancia o Defensor del Niño). Así, en las siguientes páginas se revisan antecedentes, estándares y propuestas orientadas hacia la creación de un Defensor del Niño que reúna las siguientes características: (i) autónomo e independiente; (ii) con presencia regional y local; (iii) cuya función principal sea la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), para lo cual se le debe dotar de una serie de competencias.

Tal objetivo surge debido a las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante, el Comité de los Derechos del Niño) ha formulado a Chile, en base a las obligaciones generales derivadas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, la CDN)¹. A su vez, la necesidad de contar con un órgano *especial* para la defensa de los derechos de los NNA se deriva de las obligaciones internacionales específicas que, en esta materia, tiene el Estado de Chile. Como ha sostenido el Comité de los Derechos del Niño, si bien tanto los adultos como los niños necesitan instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los NNA. Estos motivos comprenden el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de ellos no tiene voto y no puede asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los NNA tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente es limitado².

1 “Vigilancia Independiente. 14. El Comité, aunque toma nota del proyecto de ley que se presentó al Congreso en 2003, expresa, como ya lo hizo en sus observaciones finales anteriores, su preocupación por la falta de una institución nacional de derechos humanos independiente que pueda ofrecer un mecanismo de denuncia y reparación accesible a los niños.

15. El Comité reitera su recomendación de que el Estado Parte 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 niño (CRC/GC/2002/2) y los Principios de París (resolución 48/134 de la Asamblea General, anexo), extienda su presencia a todo el territorio nacional, en particular a las zonas más vulnerables, a fin de garantizar que todos los niños puedan acceder fácilmente a ese mecanismo de denuncia independiente en caso de que se vulneren sus derechos; el Comité recomienda asimismo que se dote a esa institución de personal adecuadamente formado, capaz de atender dichas denuncias teniendo en cuenta la sensibilidad del niño.” Cfr., Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales. Examen del Informe periódico presentado por el Estado de Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafos 14 y 15, en: <http://www.politicaspublicas.net/panel/chile-ddhh/recomendaciones/578-cdn-2007-chile.html>

2 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 2, El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, CRC/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002, Párr. 5.

A su vez, existe una seria posibilidad de que los derechos de los NNA pierdan protagonismo frente al amplio abanico de problemáticas que se generan en materia de derechos humanos. Por tal razón, si bien la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño se basa fundamentalmente en los *Principios de París* (oficialmente, «Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos»)³, 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 dichos conceptos particulares cabe destacar la defensa de los intereses del niño y la importancia de su participación, los mecanismos obligatorios (y no opcionales) de defensa, el control sobre instituciones privadas (y no solo públicas), la accesibilidad geográfica y física para todos los NNA, entre otras⁴.

El estudio sugiere que, en el marco del proceso de discusión de un futuro sistema de garantías para la protección integral de los derechos de la Infancia, la ley debiera establecer con claridad los elementos centrales del Defensor de la Infancia (naturaleza autónoma, funciones y competencias esenciales, mecanismo de selección del Defensor, hipótesis de remoción, obligación de cooperar con las funciones del Defensor y prioridad presupuestaria a favor de la institución, entre otras). Respecto de sus funciones y atribuciones fundamentales, el Defensor de la Infancia debiera tener un mandato amplio en materia de derechos humanos y derechos de la infancia, con competencia para tramitar denuncias individuales y colectivas en relación a órganos públicos e instituciones privadas, formular recomendaciones, elaborar estudios orientados a promover el conocimiento de los derechos de los NNA y de la vulneración de los mismos, participar activamente en los procesos de elaboración de las políticas y la legislación de infancia y promover cambios en esas materias.

Este estudio se estructura en cuatro capítulos. El primero describe la figura del Ombudsman (Ombudsperson/Defensor) en sus líneas generales y, en particular, algunos modelos de Ombudsman de la infancia en derecho comparado. En el segundo capítulo se enuncian las iniciativas legales que se han promovido en Chile en esta materia. En el tercer capítulo se sugieren alternativas para el diseño de la institución de un Defensor de la Infancia en Chile, a la luz de ciertas consideraciones constitucionales y administrativas fundamentales, y se describen las regulaciones de derecho público que en principio serían aplicables al Defensor de la Infancia. Las conclusiones se contienen en el capítulo cuarto.

3 Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (Principios de París), aprobados por la Asamblea General en la Resolución 48/134 del 20 de diciembre de 1993.

4 Informe de síntesis de un estudio global sobre las instituciones independientes de derechos humanos en favor de los niños, Piazza SS. Annunziata, 12 50122 Florencia, Italia, Diciembre de 2012, p. 9.

I EL OMBUDSMAN U OMBUDSPERSON Y EL DEFENSOR DE LA INFANCIA: CONSIDERACIONES GENERALES

A continuación se presentan algunos antecedentes históricos y legales del establecimiento, naturaleza jurídica, funciones y competencias del Ombudsman o Defensor del Pueblo en el derecho comparado. A su vez, se contextualizan el origen y el desarrollo de la figura del Defensor de la Infancia en las legislaciones comparadas, de modo tal de advertir cuáles debieran ser los elementos centrales de su configuración en el ordenamiento jurídico chileno.

1. El Ombudsman o Defensor del Pueblo

1.1. Origen y funciones generales

Históricamente la figura del Ombudsman tiene su origen en la Constitución sueca de 1809, que lo estableció como “mandatario o representante del Parlamento”⁵ frente a la administración y los órganos jurisdiccionales. El éxito de esta institución determinó su adopción en otros países, como Finlandia (1919), Noruega (1952) y Dinamarca (1954), para luego extenderse a la mayoría de las naciones europeas⁶.

El objetivo fundamental del Ombudsman es velar por que la actividad de la administración se realice con pleno respeto a los derechos de las personas. Como subraya la doctrina, con el paso de los años el Ombudsman se ha consolidado como una institución nacional

5 La figura del Ombudsman nace y se desarrolla en Suecia, país de donde proviene su nombre (“representante”). Desde un inicio la misión de este funcionario consistió en ejercer una vigilancia para asegurar el cumplimiento de las leyes y las normas existentes, además de velar por que los funcionarios públicos cumplieran con sus obligaciones. Para mayores antecedentes sobre el origen de esta institución, ver Nogueira Alcalá, Humberto, *El ombudsman o defensor de la persona en el derecho comparado y en la experiencia mundial: reflexiones para su consideración en Chile*, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago, Chile, 1987, pp. 14-59.

6 Así lo recogieron, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn, desarrollada por la Ley de 26 de junio de 1957; la Ley del Comisario Parlamentario de 1967, que instituye la figura en el Reino Unido; y la Ley de 3 enero de 1973, que estableció en Francia la institución del *Médiateur* (institución que funcionó hasta 2011, año en que el *Défenseur des droits* pasó a ejercer sus funciones).

relevante para cautelar que los Estados respeten las obligaciones que tienen en materia de derechos humanos⁷.

Según datos de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), los países que actualmente cuentan con este tipo de órganos y pertenecen a esta institución son Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela⁸.

1.2 El Ombudsman como “magistratura de persuasión”

Entendido como un órgano de tutela frente a la administración, con un objeto de protección más bien difuso (“derechos humanos”), la figura del Ombudsman ha enfrentado algunas críticas en la doctrina. Se ha cuestionado su utilidad (en la medida que sus recomendaciones no tienen fuerza coactiva); su falta de competencias propias (vendría a usurpar las atribuciones de otros órganos); y que su establecimiento sería redundante si los órganos del Estado cumplieran efectivamente sus funciones⁹. Contra esas críticas, se señala que el Ombudsman no pretende reemplazar los canales tradicionales de control de la administración¹⁰: el Ombudsman no sustituiría, sino que *complementaría* los demás mecanismos de control de la actividad del Estado y de protección de los derechos fundamentales¹¹.

Como entidad complementaria de control, el Ombudsman se erigiría como una *magistratura de opinión y persuasión*, “lo que quiere decir que... el Defensor obtiene resultados por sus razones, no por poseer potestad coercitiva”¹². De este modo, no habría colisión con

7 Aguilar, Gonzalo y Steward, Rebeca, “El Defensor del pueblo latinoamericano como institución independiente de promoción y protección de los derechos humanos: referencia especial a la situación actual en Chile”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, año 15 – N°2, 2008, p. 23. Sobre este punto, señala que: “[I]nicialmente, el Ombudsman o Defensor del Pueblo protegía a los individuos frente al Gobierno, por su mala o defectuosa administración, lo que implicaba afectar los derechos de las personas. Posteriormente, esta institución fue evolucionando conforme se desarrollaban y expandían las expectativas y necesidades de los individuos, comunidades y pueblos. En consecuencia, fundamentalmente, 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”.

8 La FIO es una agrupación constituida en Cartagena de Indias (Colombia) en 1995, que reúne a Defensores del Pueblo, Procuradores, Proveedores, Razonadores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos de los países iberoamericanos de los ámbitos nacional, estatal, regional, autonómico o provincial.

9 Para referencias sobre las discusiones que generan estas críticas, sus argumentos y contra argumentos, ver Carpizo, Jorge. *Derechos Humanos y Ombudsman*, Ed. Porrúa, 3ª Edición, México, 2003, p. 47.

10 Moure Pino, Ana María. *El Ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 78.

11 Así lo ha entendido el Poder Ejecutivo al elaborar proyectos de ley para instar a su consagración. Esto se aprecia en estudios realizados a propósito de la iniciativa, Boletín N° 2605-07, que pretendía crear un Defensor del Ciudadano en Chile. En este sentido, ver González, Rodrigo: “Presentación del Anteproyecto del Gobierno que crea el Defensor del Ciudadano”, en *Revista Ius Et Praxis*, edición dedicada al Defensor del Ciudadano o Defensor de los Derechos Humanos en América Latina y el proyecto chileno, Talca, Universidad de Talca, Año 7, N°1, 2001, pp. 401-424.

12 Aguilar, Gonzalo y Steward, Rebeca, Op. Cit., p. 38.

los controles que recaen en la actividad de la administración, porque a diferencia de los controles clásicos, investidos de imperio y potestades punitivas, el Ombudsman carecería de potestades coercitivas. En ese sentido, se señala que el Ombudsman es un órgano revestido de *auctoritas*, y no de *potestas*¹³. Su sanción se produce mediante la apelación a la opinión pública, al enjuiciamiento de los ciudadanos. De ahí la necesidad de garantizar el prestigio y autoridad de la institución y del funcionario o de los funcionarios encargados de su dirección, y una adecuada publicidad de sus informes e investigaciones¹⁴.

1.3 Atribuciones

Las características anteriormente descritas inciden en el tipo de atribuciones que se le reconocen a los Ombudsman. Entre ellas se mencionan la tramitación de quejas, la mediación en conflictos con autoridades, la representación de particulares ante las instancias judiciales, la recopilación y difusión de información y la formulación de recomendaciones, observaciones o sugerencias a las autoridades, entre otras. Además, por regla general se establece la obligación de dar cuenta de su gestión al Parlamento y/o al Gobierno, lo que constituye “la principal arma con que cuenta el Ombudsman para asegurar el cumplimiento de sus recomendaciones: la posibilidad de darlas a conocer a la opinión pública”¹⁵.

1.4 Institución de protección de derechos humanos

Se señala que una característica típica del modelo latinoamericano de Defensores del Pueblo (a diferencia de los de origen escandinavo), es que es concebido más como una institución de defensa y protección de los “derechos humanos” en un sentido amplio, que como un simple mecanismo de control de la inactividad o del actuar ineficiente de órganos del Estado¹⁶. Reflejo de esta tendencia es que la acción del Ombudsman se extienda más allá del actuar de la administración, alcanzando a los particulares, sobre todo a aquellos que se desempeñan en calidad de coadyuvantes del Estado. En este sentido, por ejemplo, su ámbito de acción comprende a los prestadores de servicios públicos o de interés general concesionados¹⁷.

13 Cierta doctrina identifica al poder de persuasión consustancial a la labor del Ombudsman con la voz latina “auctoritas”, que apunta a una suerte de legitimación social que tienen ciertas personalidades o instituciones, dotadas de capacidad moral para emitir una opinión cualificada sobre algún tópico de interés público, opinión que si bien no es vinculante legalmente, ni puede ser impuesta, tiene un valor moral muy fuerte. A ella se opone la “potestas”, que es una decisión jurídicamente vinculante por mandato del ordenamiento. Aplicando al Ombudsman esta noción, ver Mora, Antonio. *El Libro del Defensor del Pueblo*, Ed. Defensor del Pueblo Español, Madrid, 2003, p. 10.

14 Debido a que carece de poder resolutorio, para que su labor sea efectiva se requiere de una fuerte publicidad de sus actividades, decisiones o investigaciones. Por eso las legislaciones comparadas le otorgan al Ombudsman garantías de divulgación amplia de sus actividades e informes.

15 Aguilar, Gonzalo y Steward, Rebecca, Op. Cit., p. 38.

16 Moure Pino, Ana María. Op. Cit., p. 88.

17 Así consta expresamente en varias leyes de Defensores del Pueblo hispanoamericanos (como, por ejemplo, las de Colombia, Perú, Honduras y Costa Rica).

1.5 Consagración

Se suele defender la idea de que sea la propia Constitución la que cree este órgano y lo configure en sus elementos esenciales, pues con ello se lo dotaría de una solidez y prestigio jurídico-político mayor a aquel que tendría si fuera creado por una ley común. Con todo, también se han alzado voces contrarias a su constitucionalización, fundadas en que el enclave constitucional sería demasiado rígido para el Ombudsman y que ello podría perjudicar su adaptación y flexibilización a otros tipos de estructuras y roles¹⁸. Como indicaremos para el caso específico del Defensor del Niño, el elemento central de su consagración radica en el hecho de que sus funciones se encuentren debidamente precisadas a nivel legislativo¹⁹.

1.6 Autonomía

La doctrina y la práctica generalizada apuntan a la necesidad de dotar a estos órganos de crecientes grados de autonomía o independencia en el ejercicio de sus funciones, llegando a afirmar que ello “es una característica insoslayable y de la esencia del cargo”²⁰. A la autonomía e independencia –como se verá– van ligadas ciertas garantías relacionadas con el sistema de nombramiento y remoción del titular del cargo, el régimen de inamovilidad, la ausencia de vínculos de dependencia o tutela respecto a otros poderes del Estado, la autonomía presupuestaria, etc.

18 Sobre las discusiones acerca de la constitucionalización del Ombudsman, puede consultarse Sagués, Néstor Pedro. “La constitucionalización del Ombudsman: Interrogantes y alternativas”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas*, Derecho Constitucional, T.1, México D.F., UNAM, 1988. En línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/32.pdf>

19 “8. Dentro de lo posible, las instituciones nacionales de derechos humanos deberían reconocerse en la Constitución; como mínimo, deben tener un mandato definido en la legislación. El Comité estima que el ámbito de su mandato debería ser lo más amplio posible para promover y proteger los derechos humanos, incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y abarcar así efectivamente los derechos humanos del niño, en particular sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La legislación debe comprender disposiciones que enuncien las funciones, facultades y obligaciones concretas con respecto a la infancia, relacionadas con la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos. En los casos en que se haya creado una institución nacional de derechos humanos antes de la adopción de la Convención o sin que ésta estuviese expresamente integrada en su mandato, se han de tomar las disposiciones necesarias, como la promulgación o modificación de un texto legislativo, para garantizar la conformidad del mandato de la institución con los principios y disposiciones de la Convención.” Cfr., Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 2, El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, CRC/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002, Párr. 8. (el destacado es nuestro).

20 González García, Hernán: “Un Defensor Ad Hoc para Chile”, en *Revista Ius Et Praxis* (Año 7, Nº1, 2001), Op. Cit., p. 464. Lo mismo se señala en análisis sobre la situación europea comparada sobre esta institución. Se indica en este sentido: “(E)n los orígenes de esta figura, [ella] se configura con el objeto de ser independiente respecto al Rey, al Gobierno y a la Administración, situación que se extiende a nivel supranacional a la figura del Defensor del Pueblo Europeo”. (Palomares Amat, Miquel: “El Defensor del Pueblo Europeo”, en *Noticias de la Unión Europea*, 15, Nº173, junio, 1999, p. 54).

2. El Ombudsman de la Infancia en derecho comparado

2.1 Organismos de promoción y defensa de los derechos humanos de NNA

El derecho internacional de los derechos humanos ha tendido a una creciente especialización. A partir de la CDN²¹, este proceso de especialización se refleja en la mirada institucional. Es así como el Comité de los Derechos del Niño²², interpretando la CDN, recomienda que todos los Estados cuenten con una institución de derechos humanos independiente, encargada de promover y proteger los derechos del niño²³. En este contexto, se han creado numerosas instituciones encargadas de vigilar, promover y proteger específicamente los derechos de los NNA, independientes o integradas en el seno de órganos generales de protección de los derechos humanos. Se utilizan denominaciones tales como “comisionado de los niños”, “comisión de los derechos del niño”, “ombudsman de los niños” y “defensoría o procuraduría de los niños,” entre otras²⁴.

2.2 Relación con el Ombudsman general: necesidad de contar con un órgano especializado

Del examen efectuado de las legislaciones de diversos ordenamientos, se puede apreciar que la relación de esta institución con el Ombudsman general se concretiza, a grandes rasgos, de dos modos diversos: (i) ordenamientos que cuentan con una institución especializada para la promoción y protección de los derechos de los NNA, independiente del Ombudsman general; y, (ii) países cuya institución encargada de velar por los derechos de los NNA forma parte del Ombudsman general.

Optar por un enfoque *generalista* o uno *especializado* en relación con la protección de los derechos de la infancia, presenta ventajas y desventajas. A favor de un modelo generalista, se argumenta la visibilidad que se generaría al existir una institución única de protección de derechos fundamentales y la posibilidad de aprovechar la interdependencia de los diversos

21 Suscrita por Chile en 1990 y ratificada por ambas ramas del Congreso Nacional. Se promulgó el 14 de agosto de 1990 como ley de la República, mediante el Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990. Desde esta fecha, la CDN está en vigencia en el país.

22 La CDN estableció este órgano internacional formado por expertos, asignándole la finalidad de vigilar y analizar el progreso que se ha alcanzado en la realización de los derechos de la infancia, así como también sensibilizar y proveer conocimiento sobre los principios y provisiones de la Convención que lo crea.

23 Debe tenerse presente que el artículo 4 de la CDN dispone: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. En este contexto se inscribe la creación de instituciones de defensa de los derechos de los NNA.

24 Algunos de los países que contemplan instituciones de estas características son Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Canadá, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Italia, Lituania, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Perú, Polonia, Reino Unido, Rusia y Suecia.

derechos humanos para incorporar los derechos de los NNA en todos los ámbitos. Como desventaja, se observa la posibilidad de que los derechos de los NNA pierdan protagonismo frente al amplio abanico de problemáticas que se generan en materia de derechos humanos²⁵. Dada la experiencia de UNICEF, en particular, en el contexto de la débil representación de los intereses o derechos independientes de los NNA frente al mundo adulto, parece adecuado y necesario reconocer el carácter especializado de la figura del Defensor del Niño para el caso chileno.

La revisión efectuada demuestra que el modelo que predomina en Iberoamérica es el de una institución general de protección de derechos fundamentales (a modo de Ombudsman general), que integra, en su organización interna, una división o dependencia especializada en protección de los derechos de la infancia²⁶. Sin embargo, en estudios respecto del peso específico de la protección de la infancia en el mandato general de los defensores del pueblo u Ombudsman, se destacan las desventajas que experimenta la protección de los derechos de los NNA al interior de instituciones globales. Así, en una comparación entre la asignación de recursos en instituciones independientes de derechos humanos de siete países de América Latina, **sólo un 3%** de dicho presupuesto global se asigna a oficinas de defensa de derechos de los NNA²⁷. A su vez, en contextos de restricción presupuestaria, existen antecedentes de cierre o extinción de Defensorías de la Infancia, mientras otras oficinas independientes siguen en pie²⁸. En el marco del carácter primario del interés superior del niño, la especialidad del Defensor surge como un mandato directo para la exigibilidad de los derechos de los NNA.

2.3 Ombudsman de la Infancia en derecho comparado

De los dos modelos indicados, este estudio ha considerado sólo aquellos que suponen la creación de una institución especializada e independiente del Ombudsman, la que constituye la alternativa de diseño más viable y plausible para la realidad de Chile²⁹. En particular, se revisan los modelos instaurados en Argentina, Australia, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suecia.

25 Sobre las ventajas y desventajas de un órgano general en la protección de los derechos humanos u órganos específicos para cada ámbito de éstos, ver Carver, R.: 'One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? Lessons from the European Experience', en *Journal of Human Rights Practice*, Tomo 3, N° 1, 2011, p. 9.

26 En este sentido, puede mencionarse la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor en la Defensoría del Pueblo de Colombia; la Dirección de Niñez y Adolescencia en la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica; el Programa Especial para la Niñez y la Adolescencia que ejecuta el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras; o la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia en la Defensoría del Pueblo de Perú.

27 Los países son Costa Rica, el Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Bolivia. Cfr., UNICEF IRC Survey (2007-2008).

28 Es el caso del Defensor del Niño de la Comunidad Autónoma de Madrid, que dejó de existir el año 2012.

29 Como se verá en el capítulo II de este Informe, los intentos para constituir un Defensor del Pueblo en Chile son de larga data.

Cuadro N°1
Ombudsman en derecho comparado
Descripción institucional

País / Criterio	Argentina ³¹	Australia ³²	Noruega ³³
Denominación	Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	Comisionado Nacional para la Infancia	Ombudsman de la Infancia
Normativa que lo rige	Ley 26.061 de 2005, de Protección Integral de los niños y adolescentes	Ley de Enmienda de la Comisión Australiana de Derechos Humanos (Comisionado Nacional para la Infancia) de 2012	Ley N° 5, de 6 de marzo de 1981
Estructura unipersonal o colegiada	Unipersonal, sin perjuicio de la existencia de defensores adjuntos	Unipersonal	Unipersonal
Nombramiento de autoridades superiores	Es propuesto y designado por el Congreso Nacional después de un procedimiento que contempla un concurso de antecedentes, votaciones y determinados quórums.	Es nombrado por el Gobernador General.	Es nombrado por un Consejo de Estado, en el que participa el Rey.
Requisitos para el cargo superior	Entre otros, se exige acreditar idoneidad y especialización en la defensa y protección activa de los derechos de los NNA y la familia.	Se requiere acreditar que la persona cuenta con experiencia apropiada, calificaciones y conocimiento.	No se explicitan. Sólo se señala que el Ombudsman y sus delegados ejecutivos tienen que reunir perfiles profesionales variados.
Restricciones o prohibiciones	Cargo incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional a excepción de la docencia. Le está vedada la actividad política partidaria.	No se regulan. Sin embargo, se señala que en el instrumento de nombramiento, el Gobernador puede establecer requisitos para el desempeño del cargo, adicionales a los establecidos en la ley.	No se explicitan (se hace remisión a las reglas que rigen a los Ministerios, que se les aplican en todo lo compatible).
Duración en el cargo del directivo superior	5 años, pudiendo ser reelegido por una sola vez.	Será el período específicamente establecido en el instrumento de nombramiento, el que en todo caso no puede exceder de 7 años.	6 años, sin posibilidad de reelección.
Remoción de autoridades encargadas de su dirección	Causales tasadas que califica el Congreso Nacional (condena ejecutoriada por delito doloso, notoria negligencia, etc.).	Causales tasadas, pero de alcance amplio, calificadas por el Gobernador general, y las demás que le establezca el mismo Gobernador en el instrumento de su nombramiento ³⁴ .	No se regula expresamente el cese en el cargo.

30 <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

31 <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012A00089>

32 <http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2014/03/ACT-and-instructions.doc>

33 Se contemplan mal comportamiento, incapacidad física o psíquica sobreviniente, si cae en bancarrota o comete fraudes en relación a su insolvencia aprovechando su cargo público, si se ausenta sin causa justificada por 14 días consecutivos o por 28 días dentro de un período de 12 meses, y si recibe pagos por el ejercicio de sus funciones fuera de los regulados en su mismo estatuto orgánico.

Criterio / País	Nueva Zelanda ³⁵	Reino Unido ³⁶	Suecia ³⁷
Denominación	Comisionado de la Infancia ³⁸	Comisionado de la Infancia	Ombudsman de la Infancia ³⁹
Normativa que lo rige	Ley del Comisionado de la Infancia (2003) ⁴⁰⁻⁴¹	Ley de la Infancia (2004)	Ley del Ombudsman de la Infancia (1993)
Estructura unipersonal o colegiada	Unipersonal	Unipersonal asistido por un Consejo	Unipersonal, asistido por un Consejo
Nombramiento de autoridades superiores	Nombrado por el Gobernador General de Nueva Zelanda - representante del monarca- con la recomendación del ministro responsable ⁴² .	Nombrado por el Secretario de Estado.	Nombrado por el Gobierno.
Requisitos para el cargo superior	Las normas sobre procedimiento de designación de la Ley del Comisionado de la Infancia fueron derogadas por la Ley de Entidades de la Corona (2004). Los requisitos que regirían serían los comunes a las entidades independientes de la Corona.	Se señala que el Secretario de Estado debe involucrar a los niños en la designación del Comisionado para la Infancia, en la medida y la manera que considere adecuadas.	No se indican explícitamente en la ley examinada.
Restricciones o prohibiciones	Las comunes a las entidades independientes de la Corona, establecidas en la Ley de Entidades de la Corona (2004).	No se indican explícitamente en la ley examinada.	No se indican explícitamente en la ley examinada.
Duración en el cargo del directivo superior	5 años.	5 años, reelegible por sólo una vez.	El estatuto orgánico sólo señala que el Gobierno lo nombrará "para un período específico de tiempo".
Remoción de autoridades encargadas de su dirección	Por aplicación de la Ley de Entidades de la Corona, puede ser removido por "justa causa" ⁴³ por el Gobernador General, bajo consejo del ministro responsable, otorgado luego de consulta con el Fiscal General.	Causales tasadas pero de alcance amplio, que califica el mismo Secretario de Estado (dejar de ser apto o ser inhábil para el desempeño propio de sus funciones; comportarse de un modo incompatible con lo exigido por el cargo).	No se regulan expresamente las causales de remoción o término anticipado en el cargo, ni un procedimiento.

34 <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0121/10.0/DLM230429.html>

35 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/31/contents>

36 <http://www.barnombudsmannen.se/english/about-us/the-ombudsman-for-children-act/>

37 Se la señala como una entidad independiente de la Corona, lo que, por definición expresa de la Ley de Entidades de la Corona (2004), significa que es una "autoridad generalmente independiente de la política gubernamental".

38 Se señala que es una agencia gubernamental dependiente del Ministerio de Salud y Asuntos Sociales, y que rinde cuenta anualmente ante el Gobierno.

39 Ello, sin perjuicio de numerosas remisiones a la Ley de Entidades de la Corona (2004), que introdujo un marco común y general respecto a este tipo de entidades, estableciendo un régimen para el nombramiento, designación y remoción de los cargos, etc.

40 Originalmente la denominada "Oficina del Comisionado para la Infancia" de Nueva Zelanda fue creada por la Ley de los Niños, los Jóvenes y la Familia, de 1989, con el encargo de responder a las quejas de los niños relacionadas con el funcionamiento de dicha ley y para supervisar su aplicación. Con posterioridad se dictó la "*Children's Commissioner Act 2003*" (Ley del Comisionado de la Infancia) para establecer las funciones y poderes del Comisionado en una ley independiente a la de protección de la infancia, y entregarle expresamente ciertos poderes, como obtener información y documentos, solicitar acceso a registros de las cortes para asegurar la eficacia de sus poderes de investigación, etc.

41 Procedimiento común a todas las autoridades que integran esta categoría, según la Ley de Entidades de la Corona (2004).

42 El mismo estatuto señala que "justa causa" incluye: "(...) mala conducta, inhabilidad para desempeñar las funciones exigidas por el cargo, negligencia o incumplimiento en sus deberes".

Cuadro N°2
Ombudsman en derecho comparado
Descripción de funciones

Criterio / País	Argentina	Australia	Noruega
Denominación	Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	Comisionado Nacional para la Infancia	Ombudsman de la Infancia
Marco normativo de referencia	Menciona a la CDN.	Cita un conjunto no taxativo de instrumentos internacionales que sirven de parámetro de referencia para ejercer sus labores (tanto específicos sobre infancia, como generales sobre derechos humanos).	Debe velar por el respeto de la CDN.
Atribuciones	<ul style="list-style-type: none"> – Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos de los NNA; – Interponer acciones en cualquier juicio, instancia o tribunal; – Velar por el efectivo respeto de los derechos de los NNA, promoviendo medidas judiciales u otras. Puede tomar declaraciones del reclamante, entenderse con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención, determinando un plazo razonable para su adecuación; – Incoar acciones con miras a la aplicación de sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera; – Supervisar a las entidades públicas o privadas que se dediquen a la atención de los NNA, denunciando cualquier irregularidad; – Requerir el auxilio de la fuerza pública, de servicios médicos-asistenciales y educativos, sean públicos o privados; – Proporcionar asesoramiento a los NNA y sus familias; – Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación; – Recibir reclamos formulados por los NNA o cualquier denuncia en relación a ellos, sean hechas personalmente o mediante un servicio telefónico, debiéndoseles dar curso de inmediato. 	<ul style="list-style-type: none"> – Puede obtener información de agencias gubernamentales (Ministerios, autoridades o funcionarios que en ellos se desempeñen) o solicitarles su elaboración, fijándoles un período de tiempo razonable para cumplir el requerimiento. La transferencia de esta información debe velar por respetar los derechos de las personas individuales concernidas. – Formular las recomendaciones que estime conducentes para asegurar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los NNA, poniendo especial atención en aquellos en estado de vulnerabilidad. – Formular consultas a los propios niños, Ministerios y autoridades del Estado o de sus territorios, organizaciones no gubernamentales, agencias y organizaciones internacionales, y otras entidades que estime apropiadas. 	<ul style="list-style-type: none"> – Proteger los intereses de los niños, guiándose por su propia planificación y estudios en terreno. – Velar por que la legislación relativa a los intereses de los NNA sea observada, lo que incluye tanto las leyes del país como la normativa administrativa. Asimismo, debe abogar para que esta normativa se ajuste a la CDN. – Proponer medidas que puedan fortalecer la seguridad de los niños bajo el amparo legal. – Proponer medidas que puedan resolver o prevenir los conflictos entre los NNA y la sociedad. – Asegurar que se provea al sector público y privado de suficiente información relativa a los derechos de los niños y las medidas que ello obliga a adoptar.

Criterio / País	Argentina	Australia	Noruega
Limitaciones	No se indican expresamente.	No se indican explícitamente. Sin embargo, se aprecia que tiene un rol netamente asesor y propositivo, al no conferírsele atribuciones que incidan en casos individuales.	El Ombudsman no tiene la autoridad para decidir por sí mismo casos, ni para sustituir las decisiones de la administración. Asimismo, en principio no puede seguir un caso sin el permiso del niño implicado. El Ombudsman debe rechazar intervenir en la decisión de casos individuales específicos, sean relativos a problemas entre los niños y sus guardianes o entre guardianes ⁴⁴ . También tiene limitaciones para opinar en casos pendientes de resolución ⁴⁵ .
Obligación de colaboración con Defensor	Toda persona, natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a prestar colaboración a los requerimientos del Defensor con carácter preferente y expedito. Todo aquel que desobedezca u obstaculice el ejercicio de sus funciones, incurrirá en el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal, estando obligado el Defensor a comunicar el hecho al Ministerio Público.	Las personas o entidades gubernamentales deben atender los requerimientos de información o producción de información del Comisionado, en el plazo razonable que éste le fije.	Las entidades gubernamentales y las personas públicas y privadas dedicadas a la infancia deberán, sin perjuicio de sus obligaciones de secreto, dar al Ombudsman la información que éste les requiera para el ejercicio de sus funciones. Ello incluye grabaciones donde la información se contenga y producción de documentación que ello demande.
Secreto sobre la información recabada	En el Informe Anual, el Defensor de los Derechos no debe hacer constar los datos personales que permitan la pública identificación de los denunciantes, ni tampoco de los niños y adolescentes.	Se contempla el deber del órgano o persona requerida por el Comisionado de no revelar datos personales en la información entregada, a menos que conste el consentimiento de su titular.	El manejo de la información se rige por las reglas propias del tratamiento de datos de la administración, en lo que sean aplicables. Debe asimismo preservar el secreto de la fuente de sus informaciones, cuando ésta lo requiere expresamente o si lo considera apropiado para la protección del interés del niño concernido.
Rendición de cuentas	Debe rendir un informe anual ante el Congreso de la Nación, a ser presentado antes del 31 de mayo de cada año, sin perjuicio de emitir informes especiales si la gravedad o urgencia de los hechos así lo aconsejan.	Debe rendir un reporte al Ministro de Servicios Sociales, tan pronto como sea posible, después del 30 de junio de cada año.	Anualmente el día 1° de abril, debe remitir al Ministro respectivo un reporte sobre sus actividades en el año precedente. Dicho reporte debe estar disponible al público.

43 Continúa la norma señalando que: “ello, cuando se trate de obligaciones de custodia o responsabilidad parental; y cualquier conflicto análogo. En tales casos, debe abstenerse salvo situaciones excepcionales de desprotección... Sin embargo, tiene la obligación de proveer información sobre las instancias establecidas para la resolución de tales conflictos”.

44 El Ombudsman no puede expresar opinión o tomar una postura oficial si ello incidiera en un caso que ha sido sometido ante la justicia. Tampoco puede manifestarse en relación a atribuir responsabilidad de algún tipo por actos que violentan la ley, cuando los casos están sometidos a una investigación policial. Sólo puede opinar en tales casos cuando el contexto del hecho devela que la ley no ofrece una respuesta adecuada, de acuerdo con lo que va revelando la investigación policial o el caso sometido a la justicia.

Criterio / País	Nueva Zelanda	Reino Unido	Suecia
Denominación	Comisionado de la Infancia	Comisionado de la Infancia	Ombudsman de la Infancia
Marco normativo de referencia	Se menciona a la CDN.	Se señala que para cumplir sus funciones, debe tener en consideración la CDN.	En su misma definición, contempla como marco de referencia a la CDN.
Atribuciones	<ul style="list-style-type: none"> – Investigar para recomendar y evaluar cualquier acción u omisión respecto a una recomendación, ley o decisión que se refiera a los niños. – Promover el establecimiento de procedimientos de quejas accesibles y efectivos para NNA y monitorear el estado y naturaleza de esas quejas. – Concientizar acerca de la necesidad de promover los intereses, los derechos y el bienestar de los niños, sea que emanen de la CDN u otras normas, y promover la investigación sobre los mismos. – Actuar como defensor y representante de los intereses, los derechos y el bienestar de los niños en el debate público y en la elaboración de cualquier política, medida o norma. – Cuando se ventilen asuntos relativos a los NNA en Cortes o tribunales, puede informar acerca de sus derechos e intereses, siempre a pedido de la misma Corte o tribunal, de alguna de las partes o del niño. – Debe implementar mecanismos de consulta a los niños, para poder representar y conocer acerca de sus intereses. 	<ul style="list-style-type: none"> – Instar para que las personas que ejercen funciones o están comprometidas en actividades que conciernen a niños, tomen en cuenta sus puntos de vista e intereses. Para ello, puede efectuarles recomendaciones y realizar un seguimiento respecto a cómo se aplican. – Informar al Secretario de Estado sobre sus puntos de vista e intereses. – Evaluar la gestión de los procedimientos de quejas sobre intereses de los NNA e iniciar las investigaciones en los casos que lo ameriten. – Publicar un reporte de cualquier materia tratada o investigada en el ejercicio de sus funciones. – Consultar a los niños y las organizaciones que trabajan con ellos, sobre cualquier materia considerada o investigada, relativa a sus intereses y puntos de vista. – Debe publicar información con un despliegue apropiado para que la entiendan los NNA y efectuar investigaciones sobre los intereses de grupos particulares dentro de ellos. 	<ul style="list-style-type: none"> – Proponer al Gobierno la enmienda de las leyes y otras medidas necesarias para adecuarse a una mejor protección de los derechos de los niños y adolescentes. – Difundir información, participar en la formación de la opinión pública y tomar iniciativa. – Representar los derechos e intereses de niños y adolescentes en el debate público. – Recopilar información y compilar estadísticas de las condiciones de vida de los niños y adolescentes. – Seguir los desarrollos internacionales en la interpretación de la CDN y sus aplicaciones.
Limitaciones	La actuación como defensor y representante de los derechos, los intereses y el bienestar de los niños no involucra intervenir ante los tribunales como parte. Asimismo, entre las actuaciones sobre las que puede iniciar investigación, no se cuentan las acciones u omisiones de los tribunales.	Las atribuciones conferidas al Comisionado no le implican que deba dirigir una investigación respecto al caso de un niño, considerado individualmente. Lo anterior, sin perjuicio de que si el caso es de interés público, puede investigarlo y efectuar recomendaciones ⁴⁵ .	No se señalan expresamente. Sin embargo, se constata que tiene un rol eminentemente propositivo-asesor y evaluador de la política pública, y no es un órgano que intervenga en casos individuales.

45 Asimismo, se señala que el Comisionado no investigará en casos en que pueda preverse que su intervención duplicará el trabajo o función que otra institución o persona está desempeñando, siempre y cuando se haya cerciorado de que la misma institución o persona ha considerado debidamente los intereses de los niños.

Criterio / País	Nueva Zelanda	Reino Unido	Suecia
Obligación de colaboración con Defensor	Se contemplan en su favor “poderes especiales para requerir información y documentos”, lo que incluye tanto la información existente, como la que se pueda producir. Se otorga un plazo no menor de 20 días laborales para que la persona requerida, pública o privada, cumpla con dicha petición. Si ello no acaece, se establece una penalidad, para el incumplimiento injustificado o la información falsa o maliciosa.	Los delegados del Comisionado tienen la atribución de ingresar a locales y cualquier tipo de vivienda en que residan NNA, para informarse de su estado o entrevistarlos. Toda persona que ejerza cargos relativos a infancia puede ser obligada a entregar la información que sea necesaria para cumplir con sus funciones. Asimismo, ella tiene la obligación de reportarle, por escrito (si así se lo requiriere), acerca del modo en que adopta las medidas que el Comisionado le ha recomendado.	A requerimiento del Ombudsman, las autoridades administrativas, municipales y territoriales deben informarle sobre las medidas tomadas en sus operaciones para implementar los derechos de los niños y adolescentes; y para que tales medidas sean consistentes con la CDN. También tienen la obligación de atender a las recomendaciones que se le formulen en su oportunidad.
Secreto de la información recabada	El Comisionado y sus empleados deben guardar reserva respecto de la información que capten en el curso de sus investigaciones. El deber de guardar reserva no se mantiene si se cumplen las condiciones establecidas en la Ley de Privacidad de 1993.	Si el Comisionado lo estima adecuado, puede iniciar una investigación o decretar, sobre partes de ella, secreto de la información. Asimismo, cuando emite reportes acerca de una investigación, no es necesario que haga pública la identidad de los niños involucrados.	No se observa una regla especial en la materia.
Rendición de cuentas	Entre sus atribuciones está la de emitir reportes al Primer Ministro, sobre cualquier materia que afecte los derechos o intereses de los NNA, a su solicitud o de oficio.	Sin perjuicio de que puede informar de los resultados de sus investigaciones al Secretario de Estado tan pronto como ellas hayan concluido, una vez que haya finalizado el año presupuestario, tiene la obligación de elaborar un reporte anual sobre las actividades que ha llevado a cabo en el cumplimiento de sus funciones, para ser presentado al mismo Secretario de Estado y con copia al Parlamento.	A más tardar el 1 de abril de cada año, debe remitir un reporte al Gobierno sobre sus actividades en el año calendario precedente, y sobre las materias relacionadas a los niños que considere relevantes poner en conocimiento del mismo.

2.4 Observaciones generales

Del análisis de los modelos revisados, se pueden formular las siguientes observaciones:

- *Origen.* A diferencia de lo que ocurre en materia de Ombudsman general, todas las defensorías de los NNA analizadas fueron creadas por ley. Se puede mencionar a Polonia como un caso en el que el Ombudsman de los NNA es mencionado en la propia Constitución y desarrollado en la ley⁴⁶.
- *Reglas para garantizar la autonomía del órgano.* Prácticamente todas las regulaciones revisadas establecen algún mecanismo para garantizar una cierta autonomía del órgano (nombramiento, remoción, duración en el cargo, etc.). Sin embargo, el grado de autonomía es variable.

46 Art. 72.4 de la Constitución de Polonia: “The Republic of Poland shall ensure protection of the rights of the child (...). 4. The competence and procedure for appointment of the Commissioner for Children’s Rights shall be specified by statute”.

- *Composición.* En todos los modelos analizados el cargo es unipersonal, sin perjuicio de que en algunos casos se prevean cargos adjuntos al principal.
- *Duración en el cargo.* Todos los modelos prevén la existencia de un periodo durante el cual el titular del cargo ejercerá sus funciones.
- *Rol del Ombudsman de la infancia.* Se observa la existencia de organismos que defienden los derechos de los NNA únicamente como colectivo, sin proporcionar defensa o protección en casos particulares (este sería el modelo característico de Suecia⁴⁷ y Reino Unido⁴⁸); y de organismos dedicados a la defensa de los derechos de los NNA como individuos y como colectivo (Argentina). Las diferencias entre uno y otro modelo son esenciales para definir el perfil de la institución, las capacidades presupuestarias que requiere para su dotación y la cobertura regional o local que debe tener, entre otras.
- *Control de privados.* En algunos sistemas el Ombudsman de la infancia no se encuentra limitado al control de entidades públicas, sino que, tal y como establece el Comité de los Derechos del Niño, puede investigar a las instituciones privadas que tienen injerencia en la atención de NNA.
- *Colaboración e información de personas y/o instituciones.* En las regulaciones revisadas se prevén deberes u obligaciones de colaboración de las personas y/o instituciones a las que el Ombudsman de la infancia les requiere información. En algunos casos se señalan plazos y/o sanciones en caso de incumplimiento.
- *Presupuesto de los Defensores de la Infancia.* Por regla general, los estatutos normativos de estos órganos no hacen mayores referencias en la materia, por lo que entendemos que se aplicarían las reglas generales. Por excepción, se consagra una progresividad del presupuesto en la Ley de Protección Integral N° 26.061 de 2005 de Argentina⁴⁹.
- *Mecanismos de rendición de cuentas.* En todos los sistemas revisados se contemplan mecanismos para que el Ombudsman comunique los resultados de su gestión al Gobierno o al Congreso (en general, anualmente).

47 "The Ombudsman for Children has legal powers to request information and to summon parties to talks, but has no regulatory powers. The Ombudsman for Children may not interfere in individual cases, but does have a duty of notification". En: <http://www.barnombudsmannen.se/english/about-us/>

48 "The Children's Commissioner is not under this section to conduct an investigation of the case of an individual child" [Children Act 2004, Part I.2, (7)].

49 "Art. 72. (...) La previsión presupuestaria en ningún caso podrá ser inferior a la mayor previsión o ejecución de ejercicios anteriores. Dispóngase la intangibilidad de los fondos destinados a la infancia, adolescencia y familia establecidos en el presupuesto nacional". Cabe señalar que esta regla de progresividad no se aplica sólo al Defensor de la Niñez, sino al conjunto de órganos que regula esa misma ley de protección integral (el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia, además el Defensor de la Niñez).

3. Síntesis

El Ombudsman surge como una *garantía institucional* frente a la administración, para que su actividad se desarrolle con pleno respeto de los derechos de las personas. Se erige como una magistratura de opinión y persuasión, complementaria de los controles clásicos que recaen sobre la administración, circunstancia que determina el tipo de atribuciones que se le otorgan. De la mano del proceso de especialización que ha operado en el derecho internacional de los derechos humanos y de la dictación de la CDN, rápidamente se ha transitado de este modelo de defensa de los derechos de las personas en general, a la creación de instituciones especializadas en la promoción y protección de los derechos de los NNA. Los diseños institucionales en la materia son variados, pero se pueden extraer ciertas características generales, según se ha visto, y que son particularmente relevantes para el establecimiento del Defensor del Niño en Chile.

II INTENTOS DE INCORPORACIÓN DEL OMBUDSMAN Y DEL DEFENSOR DE LA INFANCIA EN EL DERECHO CHILENO

1. Referencia general a las iniciativas constitucionales y legales en la materia

La historia de los intentos de consagración de un Ombudsman o de un Defensor de los NNA en Chile es de amplia data. Desde inicios de la década de los noventa se han presentado varios proyectos de ley sobre la materia. Una revisión general de dichas iniciativas permite clasificarlas en: (i) aquellas que buscan establecer un Ombudsman general; (ii) que buscan establecer un defensor de los derechos de la infancia en particular; y, (iii) relativas a aspectos sustantivos de los derechos del niño (“ley de protección integral”), que pueden incluir, como medida de protección institucional, la creación de una entidad de estas características.

Cada iniciativa presenta patrocinios (mensajes o mociones), tramitación y avances muy diversos. Las iniciativas de Ombudsman general se contienen en distintos mensajes presentados desde 1991 a la fecha y han tenido cierto grado de discusión y avance. Los Proyectos de defensor de los derechos de los NNA en específico, han sido objeto de mociones desde 2004 a la fecha, y no han tenido avance desde su ingreso, ni tampoco discusión.

En los cuadros siguientes se indican las iniciativas presentadas.

Cuadro N°3
Iniciativas sobre Ombudsman general en Chile

Denominación del proyecto	Ámbito de reforma	Tipo de iniciativa	N° de Boletín	Fecha de ingreso	Avance	Estado / Último movimiento
Proyecto de reforma sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo	Reforma Constitucional	Mensaje	332-07	09/04/91	No	Archivado (13/12/94)
LOC sobre el Defensor del Pueblo	Ley	Mensaje	333-07	09/04/91	No	Archivado (02/12/94)
Proyecto de Ley que Crea la Defensoría Nacional del Usuario	Ley	Mensaje	2115-03	05/11/97	No	Retirado (22/06/98)
Proyecto que Crea el Defensor del Ciudadano	Reforma Constitucional	Mensaje	2605-07	18/10/00	No	Archivado (02/03/04)
Proyecto que Crea el Defensor del Ciudadano	Reforma Constitucional	Mensaje	3429-07	04/12/03	Sí	Rechazado (12/11/08)
Proyecto que Crea la Defensoría de las Personas	Reforma Constitucional	Mensaje	6232-07	04/12/08	Sí	En trámite. Oficio a Cámara Revisora (Senado) (10/03/09)

Cuadro N°4

Iniciativas sobre Defensorías de la Infancia en específico

Denominación del proyecto	Ámbito de reforma	N° de Boletín	Tipo de iniciativa	Fecha de ingreso	Avance	Estado / Último movimiento
Crea la Defensoría de la Infancia	Reforma Constitucional	3500-07	Moción	20/04/04	No	Archivado (09/06/09)
Crea la Defensoría de la Infancia	Reforma Constitucional	8489-07	Moción	07/08/12	No	En trámite. A la espera del Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (07/08/12)
Crea la institución autónoma del Defensor de los Niños y Adolescentes	Reforma Constitucional	8509-07	Moción	08/08/12	No	En trámite. A la espera del Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (08/08/12)

Cuadro N°5

Iniciativas de protección integral de la infancia⁵⁰

Título	Ámbito de reforma	N° de Boletín	Tipo de iniciativa	Fecha de ingreso	Avance	Estado / Último movimiento
Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes ⁵¹	Ley	8911-18	Mensaje	30/04/13	Sí	Se acuerda remitir el proyecto a la Comisión de Familia (23/05/13) En 13/08/13 Ejecutivo retira urgencia.
Asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia	Reforma Constitucional	9153-07	Moción	05/11/13	No	En trámite. A la espera del Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (05/11/13)

50 Como refleja el análisis de estas dos iniciativas, la segunda de ellas persigue complementar a la primera, otorgándole un marco constitucional al cual se remita la ley. Así se desprende de la moción que dio origen al Boletín N° 9153-07, que lo señala expresamente ("Si bien se ha iniciado actualmente la tramitación del proyecto de ley de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes, contenida en el Boletín N° 8.911-18, este cuerpo legal todavía no existe en Chile, y de ser aprobado, deberá estar en consonancia con los mandatos constitucionales que se incorporarán a través de esta iniciativa de reforma (...)" Cita del Boletín N° 9.153-07, moción de los Senadores Walker, Alvear, Escalona, Letelier y Pizarro. En el documento de trabajo denominado "Anteproyecto de Ley de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes" elaborado por la mesa MDS, MINJU, SENAME, Campaña Movilizándonos y Foro UNICEF, se contenía una mención en orden a que la ley crearía un Defensor de los Niños y Adolescentes, la que finalmente no se mantuvo en el mensaje ingresado al Congreso.

2. Iniciativas de Gobierno que establecen un Defensor del Pueblo general

Como se puede observar, la creación de un Defensor del Pueblo ha sido materia exclusiva de iniciativas del Gobierno. A continuación se destacan algunas observaciones del análisis comparado de estas iniciativas.

- *Tipo de iniciativa.* En prácticamente todos los casos se plantea una reforma constitucional.
- *Objeto o finalidad de la institución.* En algunos casos se establece como función el velar por la protección y promoción de los “derechos de las personas” y, en otros, velar específicamente por la protección y promoción de los “derechos de los usuarios”, ante la prestación de servicios de utilidad pública. En este sentido, el proyecto de 1997 obedece a esta última lógica, mientras que el de 2008, a la primera.
- *Ámbito de actuación.* En general, se menciona a la administración en conjunto con otras personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio público o utilidad pública. Por ejemplo, el proyecto de 1997, con su lógica centrada en la vigilancia de las “prestaciones de servicio público”, se focalizaba en los prestadores de este tipo de servicios, independiente de su naturaleza jurídica (pública o privada).
- *Definición y características de la institución.* En todos los casos comparados se contemplan órganos con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.
- *Mecanismo de nombramiento de sus directivos.* Hay diversidad en la materia. El nombramiento es efectuado ya sea por el Presidente de la República, entendiéndolo como un funcionario de su exclusiva confianza; ya por la Cámara de Diputados; ya por el Presidente con acuerdo de la Cámara de Diputados.
- *Inhabilidades y requisitos para el cargo directivo superior.* En todos los casos se establece la incompatibilidad con cargos de elección popular y se observa una tendencia a establecer ciertos requisitos para el mismo (determinada profesión, años de ejercicio, etc.).
- *Periodo de duración en el cargo.* Sólo en un caso tiene duración “indefinida” (por tratarse de un funcionario de exclusiva confianza del Presidente). En los restantes, se establece un plazo determinado, además de garantías de inamovilidad y un estatuto especial de remoción (el mecanismo de la acusación constitucional y/o causales tasadas de remoción).
- *Atribuciones del órgano.* En todas las iniciativas se contemplan atribuciones para investigar, formular recomendaciones, realizar informes o estudios e iniciar acciones judiciales o administrativas.

- *Naturaleza de sus resoluciones.* En todos los casos se destaca el carácter no vinculante de sus recomendaciones.
- *Existencia de un mecanismo de rendición de cuentas.* En las iniciativas revisadas se menciona un mecanismo anual de rendición de cuentas (ante el Presidente de la República, ante la Cámara de Diputados, o bien, ante ambos).

De un examen de las iniciativas en que hubo discusión, se aprecia que la institución del Defensor del Pueblo enfrentó serios reparos por la eventual colisión de competencias que se generaría con órganos existentes o con aquellos que paralelamente se estaban creando. Sobre esto último, se apuntó a la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH), órgano contenido en un proyecto que se tramitaba paralelamente a una de las iniciativas de Defensor de las Personas (Boletín N° 3429-07)⁵¹. Sobre este tema, en la discusión nunca pudieron aclararse del todo las diferencias entre el Ombudsman general y el INDH⁵². Por otra parte, se planteó que no era conveniente sobrecargar un sistema de control de la administración del Estado ya suficientemente complejo y que un Defensor del Pueblo podría generar conflictos de competencia con entidades de control ya existentes (como Superintendencias, Contraloría o Tribunales)⁵³.

3. Iniciativas parlamentarias que establecen Defensorías de la Infancia

Como se puede apreciar en los recuadros anteriores, la creación de una defensoría específica en materia de infancia ha sido *materia exclusiva de iniciativas parlamentarias*. Asimismo, no ha recaído discusión sobre ninguna de ellas.

51 “Durante la discusión general, diversos Diputados manifestaron su preocupación por la eventual colisión de facultades que podría originarse entre las que se otorgan a esta nueva institución con las que tienen organismos ya existentes y con las que se otorgan a otro ente que se está creando, como lo es el Instituto Nacional de Derechos Humanos” (Cita Informe Comisión Derechos Humanos, Cámara de Diputados, 4 de junio de 2008, Boletín N° 3429-07).

52 La incerteza en este punto llegó a ser tal, que en un mismo debate los diversos intervinientes dieron múltiples criterios de diferenciación, inconsistentes entre sí. Entre otros, se entregaron los siguientes criterios de distinción: (i) el INDH tutelaría sólo derechos de primera generación, mientras que el Ombudsman tutelaría otros derechos; (ii) el INDH desempeñaría una supervigilancia general del tema de los DDHH, no la defensa del ciudadano individualmente considerado, como sí haría el Defensor; (iii) el INDH promovería y protegería los derechos humanos, pero no los “hará efectivos” en casos concretos, como sí lo haría el Defensor.

53 En este sentido hizo eco la opinión del Contralor General de la época, quien manifestó su preocupación por la eventual duplicidad de competencias. Señaló a este respecto: “Ha de asegurarse que su eventual incorporación legislativa [del Defensor de las Personas] procure una integración eficiente, razonable y no conflictiva con los demás órganos integrantes del sistema de control... Ha de desecharse la alternativa normativa que promueva la superposición irracional de competencias, genere fricciones interfuncionales o entorpezca el funcionamiento de la institucionalidad vigente. En resumen, expresó que el legislador debiera ser extremadamente cauteloso en el proceso de decidir las condiciones de incorporación de una instancia más, constituida por una Defensoría de las Personas, en un ambiente caracterizado ya por su complejidad y por la extrema difusión de sus posibilidades”, Opinión del Contralor General Ramiro Mendoza, Informe Comisión DDHH, Cámara de Diputados, 4 de junio de 2008, Boletín N° 3429-07.

En general, estas mociones aportan antecedentes sobre las situaciones de contexto que justifican la creación de un órgano de estas características, coincidiendo en que el marco institucional actual para la protección de la infancia es insuficiente y debe reforzarse con un rediseño de la política pública en la materia. Por tratarse de propuestas de reforma constitucional, que suponen su complementación mediante una ley orgánica constitucional, en ellas no se agota la definición de criterios orgánicos y funcionales específicos del órgano que proponen consagrar⁵⁴. Con todo, en dos de estas mociones se desarrollan más detalles de algunas de sus características y funciones. Al efecto puede citarse la moción para crear la Defensoría de la Infancia, Boletín N° 3500-07 de 2004 (archivada), diseño que después replica –en términos bastante similares– la moción que dio origen al Boletín N° 8489-07 de 2012.

Sobre tal diseño, cabe destacar:

- *Tipo de iniciativa.* Se trata de iniciativas de reforma constitucional.
- *Objeto o finalidad.* Se establece como objeto el velar por el cumplimiento de la CDN y los demás tratados internacionales suscritos por Chile en beneficio de la infancia y adolescencia, además de las normas constitucionales, legales y reglamentarias establecidas a favor de los NNA. Asimismo debe velar por la defensa y protección de los intereses de los NNA ante actos u omisiones de los órganos de las administraciones públicas y de todo otro organismo o persona natural o jurídica de carácter privado, que amenacen, perturben, restrinjan o vulneren los derechos y garantías de los mismos.
- *Ámbito de actuación.* La competencia de la institución es amplia, extendiéndose –como se ha señalado– a las personas naturales o jurídicas de carácter privado, que amenacen, perturben, restrinjan o vulneren los derechos y garantías de los mismos.
- *Naturaleza jurídica.* Se contempla un órgano autónomo con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.
- *Mecanismo de nombramiento de sus directivos.* Se considera la participación de la Cámara de Diputados en el nombramiento, el que recae en el Presidente de la República.
- *Incompatibilidades y requisitos para el cargo directivo superior.* Se exigen ciertos requisitos profesionales y de experiencia en la materia para ejercer el cargo.
- *Periodo de duración en el cargo.* Se establece un periodo de duración de cinco años en el cargo, sin posibilidad de reelección.
- *Atribuciones.* Se contemplan atribuciones respecto de la administración para inspeccionar su actividad y formular recomendaciones de carácter vinculante. Asimismo, respecto de los privados para acudir con auxilio de la fuerza pública, prevenir y detener la

54 Leyes orgánicas constitucionales que –en todo caso– no se han llegado a ingresar a trámite legislativo.

vulneración, amenaza o perturbación flagrante de los derechos de los niños, pudiendo, incluso, disponer de medidas preventivas.

- *Legitimación activa.* Se le entregan atribuciones para activar las acciones ante el Ministerio Público y tener la calidad de parte en los procesos a que haya lugar por el sólo ministerio de la ley, con lo que se entiende que se lo habilita para ser querellante en estos procesos⁵⁵.
- *Naturaleza de sus resoluciones.* A diferencia de la tendencia en materia de Defensor del Pueblo general, en las iniciativas de Defensorías de la Infancia especializadas se les otorga el carácter de vinculantes a sus recomendaciones respecto de la administración.
- *Existencia de un mecanismo de rendición de cuentas.* Se contempla un mecanismo de rendición de cuenta pública ante el Presidente de la República y la Cámara de Diputados, una vez al año.
- *Distribución territorial.* Se regula un mecanismo de distribución territorial mediante la creación de agencias desconcentradas en todas las regiones del país.

Junto a estas iniciativas, existe un proyecto en actual trámite que persigue consagrar a nivel constitucional las bases para “asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, conceder la acción de protección y crear la Defensoría de la Niñez y Adolescencia”⁵⁶. En dicho proyecto, después de efectuar un balance de la situación de los derechos de los niños y adolescentes en Chile y la insuficiencia de las respuestas institucionales vigentes, se sugiere, entre otras medidas de carácter sustantivo, la consagración de una “Defensoría de la Infancia”, remitiendo a la ley la configuración de su organización y atribuciones⁵⁷.

Por último, existe un proyecto que persigue una modificación integral de la política pública relacionada con la infancia y adolescencia, reformulando el rol de los órganos públicos en la materia mediante el establecimiento de una *Política Nacional de los Niños y del Sistema Nacional de Protección de los Niños* (Título III)⁵⁸, que se describe en el mismo mensaje. En el marco de esta reformulación institucional general, el mensaje de esta iniciativa suprimió una mención que se contenía en el documento preparatorio que le sirvió como anteproyecto⁵⁹, donde expresamente

55 Como es sabido, por exigencias del Código Procesal Penal, los órganos públicos sólo pueden hacerse parte en causas penales mediante querrela, cuando sus leyes orgánicas los habiliten expresamente para ello.

56 Boletín N° 9153-07, iniciado por moción de noviembre de 2013.

57 Señala a este respecto: “Habrá una Defensoría de la Niñez y Adolescencia, autónoma y con personalidad jurídica, encargada de la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una ley señalará la organización y demás atribuciones de la referida Defensoría”.

58 Proyecto sobre *Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Boletín N° 8911-18 de abril de 2013).

59 El denominado “Anteproyecto de Ley de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, elaborado por la mesa MDS, MINJU, SENAME, Campaña Movilizándonos y Foro-UNICEF.

se mandataba a una ley posterior la creación de un órgano autónomo de defensa de los derechos del niño, fijando incluso un plazo desde la publicación de la ley para su ingreso a trámite legislativo⁶⁰.

4. Observación general

Como se aprecia, la instauración de defensorías especializadas en materia de infancia se inscribe en un movimiento más general de creación de instituciones autónomas de defensa de los derechos humanos en Chile, el que data de la década de los noventa. En este contexto, además de la Defensoría de la Infancia, se cuenta la figura del Ombudsman general y el INDH, siendo sólo esta última iniciativa la que ha logrado transformarse en ley. Eso da cuenta de los desafíos y resistencias que plantea un organismo de esta naturaleza, inédito en Chile.

60 En el citado “Anteproyecto de Ley de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, se señalaba a este respecto: “Defensor del Niño. Una ley especial deberá crear la figura del defensor del niño, la cual deberá ser ingresada a trámite legislativo un año después de la publicación de esta ley. Éste será un órgano autónomo e independiente, encargado de velar por la promoción y defensa de los derechos de los niños. A estos efectos podrá recibir denuncias, emitir informes, formular recomendaciones a los órganos públicos, participar en el debate legislativo y dar seguimiento a temáticas particulares tales como, participación, discriminación, trabajo infantil, violencia, explotación sexual, migración, etc. y ejercer todas aquellas otras funciones relativas a promoción, y defensa de los derechos de los niños” (p. 18).

III HACIA EL DEFENSOR DE LA INFANCIA EN CHILE: DISEÑO Y RECONOCIMIENTO LEGAL

A continuación se formulan sugerencias para el diseño del Defensor de la Infancia en Chile (Defensor de la Infancia o Defensor de la Niñez o Defensor del Niño, indistintamente), a la luz de consideraciones constitucionales y administrativas fundamentales y el contexto institucional en el cual esta figura deberá insertarse. En particular, se destacan aquellas dimensiones fundamentales del Defensor de la Infancia que deben ser tomadas en cuenta a la hora de establecer su naturaleza autónoma, sus atribuciones y funciones, su presencia territorial y demás disposiciones para su debida regulación.

1. Autonomía del Defensor de la Infancia

Por tratarse de una institución nacional de derechos humanos, el Defensor de la Infancia debe respetar los denominados Principios de París⁶¹, entre los que destaca el principio de autonomía institucional. Esto pues si en el ejercicio de su labor esta institución pudiera ser objeto de presiones por parte de los sujetos cuya actividad debe vigilar, se afectaría directamente su objeto. Entre estos principios se menciona la necesidad de: (i) un procedimiento que garantice la representación pluralista de las fuerzas sociales interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos en la composición de la respectiva institución; (ii) una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones y créditos a fin de lograr la autonomía respecto del Estado; (iii) la ausencia de controles financieros que limiten la independencia de la institución; (iv) la estabilidad en el mandato de los miembros de la institución nacional; (v) un nombramiento efectuado mediante acto oficial en el que se señale un plazo determinado de duración del mandato, el que se puede prorrogar bajo reserva de que se siga garantizando el pluralismo de la institución.

Del mismo modo, y como se ha indicado, la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño, interpretando la CDN, 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

61 Resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

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.

En el derecho y doctrina comparados es usual que se haga referencia a estos y otros factores para garantizar la autonomía de un organismo administrativo frente al poder central:

- *Autonomía orgánica*. Se refiere al carácter autónomo de la institución derivado de su composición, la forma de designación de sus miembros directivos, su duración en el cargo, requisitos de elegibilidad, su régimen de incompatibilidades, las atribuciones de personalidad jurídica y de potestad normativa⁶²⁻⁶³.
- *Autonomía funcional*. Alude a la independencia de la institución respecto de órdenes o instrucciones gubernamentales⁶⁴.
- *Autonomía financiera*. Se refiere a la independencia del poder central respecto de la determinación de los ingresos de estos organismos y al control financiero de la gestión económica.

En Chile, en la Constitución y en la ley se contemplan órganos que ejercen la función administrativa y que, sin embargo, gozan de una autonomía reforzada frente al Presidente. De este modo, los órganos autónomos son de origen constitucional (como en el caso de la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión y el Ministerio Público) y legal (como el INDH, el Consejo para la Transparencia –en adelante, CPLT– y el Servicio Electoral)⁶⁵. Del análisis de estos últimos (en particular, del INDH y CPLT), se observa que la práctica ha aceptado mayores índices de autonomía que los que el derecho positivo parece reconocer (según se verá), modelando y atenuando la supervigilancia que el Presidente tradicionalmente ejerce respecto de esta clase de órganos, sin que hasta la fecha ello haya sido objeto de una censura por parte del Tribunal Constitucional. En este contexto, el CPLT y el INDH aparecen como una categoría organizativa emergente a seguir, que desafía en cierta forma la estructura tradicional

62 Guédon, Marie José: *Les autorités administratives indépendantes*. LGDJ, París, 1991, pp. 63 y ss.

63 Para Salvador Martínez, en un análisis en derecho comparado de las denominadas administraciones independientes, la autonomía orgánica se refiere a (i) la forma de creación del organismo (por ley o previa habilitación legal); (ii) la existencia de personalidad jurídica; (iii) la potestad para aprobar sus reglamentos propios; y entre los criterios de la autonomía personal, se encontraría (i) el sistema de elección de los directivos de las instituciones; (ii) la duración en el cargo, renovación y cese; (iii) los requisitos de elegibilidad que deben cumplir los cargos directivos y las causas de incompatibilidad; y, (iv) el estatuto del personal de la institución. Salvador Martínez, María: *Autoridades independientes*. Ariel, Barcelona, 2002, pp. 358 y ss.

64 Salvador Martínez, María; Op. Cit., p. 360.

65 Sobre este punto, ver Cordero, Eduardo, “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*.

de la administración, al erigirse como organismos colaboradores de la función administrativa que, por las tareas que desempeñan, deben tener un grado significativo de independencia.

Estos órganos participan así de un vasto movimiento ya conocido en el derecho comparado, caracterizado por el nacimiento de organismos administrativos que poseen una importante autonomía respecto del poder central. Las nuevas tareas asumidas por el Estado, la necesidad de cautelar el ejercicio de ciertos derechos y libertades frente a la actividad de los privados y/o del poder público, la necesidad de mayor flexibilidad en la gestión de ciertos sectores o mercados, son todas razones que explican este fenómeno⁶⁶.

1.1 Consagración constitucional o legal del Defensor de la Infancia

Como se indicó, los órganos que gozan de una autonomía reforzada pueden tener un origen legal o constitucional. Respecto de estos últimos, la jurisprudencia de la materia ha sentenciado que ellos se distinguen porque son configurados, en sus elementos esenciales (organización, funciones, potestades), directamente por la propia Carta Fundamental, la que es complementada por leyes orgánicas constitucionales. Pretender que un órgano autónomo esté sujeto al poder jerárquico del Presidente de la República, ha afirmado esta jurisprudencia, “sería inconstitucional, pues la Constitución lo crea como un ente autónomo”⁶⁷. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “el legislador puede precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional, pero no puede establecer interferencias externas incompatibles con dicha autonomía”⁶⁸. De este modo, los órganos con autonomía constitucional están sustraídos del poder jerárquico del Presidente de la República⁶⁹ y no podría la ley alterar esta circunstancia. Además, estos entes tampoco están sujetos al control de tutela propio de los organismos descentralizados⁷⁰.

66 Surgen así las llamadas *agencias independientes* (Estados Unidos), *autoridades independientes* (España), *autoridades administrativas independientes* (Francia), *quangos* (Reino Unido), entre otras denominaciones, todas las cuales identifican un organismo administrativo que goza de una autonomía reforzada respecto de las autoridades políticas centrales. No existe un modelo único cuya alusión reenvíe a una organización o régimen jurídico determinados. Sobre este punto, ver Ferrada, Juan Carlos y Miranda, Patricia. “Las transformaciones de la Administración del Estado: el Banco Central de Chile en el marco de las nuevas administraciones independientes”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Valparaíso, Chile. No. 58, pp. 35-88.

67 STC 78 (a propósito del Banco Central).

68 STC 1669, C° 18.

69 La jurisprudencia constitucional ha sentenciado que el artículo 24 de la Constitución le confiere al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado *con todas las limitaciones y restricciones que ella establece*. De ahí que su facultad de administrar no comprenda ni pueda comprender a los organismos autónomos que contempla la Constitución, como la Contraloría General de la República, el Banco Central y las municipalidades (STC 78, C° 13). Ha señalado así que ninguno de los organismos autónomos que contempla la Constitución están plenamente sometidos al gobierno y administración del Estado que compete al Presidente de la República. Ellos se rigen por sus respectivas leyes (STC 78, C° 18).

70 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sentenciado que los órganos que gozan de autonomía constitucional se ubicarían “en un escalón superior de autonomía respecto del poder central”, en la medida que los órganos autónomos, citando a un autor nacional, “no están sujetos ni siquiera al control indirecto o de tutela propio de los organismos descentralizados” (STC 1669, C° 18).

De este modo, la consagración del Defensor de la Infancia en la Constitución Política lo revestiría de una importante estabilidad y autonomía frente al Gobierno.

Sin embargo, y como se ha indicado, no es indispensable la consagración del Defensor de la Infancia en la Constitución para garantizar una autonomía reforzada, según se desprende de la regulación de las instituciones que gozan de una autonomía legal en el ordenamiento interno. En efecto, estas instituciones tampoco están sujetas a un vínculo de jerarquía con el Presidente de la República (tienen personalidad jurídica y patrimonio propios) y, atendido el régimen de nombramiento y remoción de sus titulares, el poder de tutela se ve sensiblemente debilitado.

A modo de ejemplo, tratándose del CPLT este vínculo de tutela prácticamente no existe, ya que es configurado como una corporación de derecho público, que no se rige por las normas de organización administrativa de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración (en adelante, Ley de Bases Generales de la Administración)⁷¹⁻⁷², y cuyos titulares son designados y removidos mediante mecanismos que les garantizan un grado importante de independencia del poder central. En este sentido, si bien la ley no puede dotar al Defensor de la Infancia de la misma estabilidad que le puede conceder la Constitución, ella permite en su diseño conferirle un grado muy importante de autonomía⁷³.

En este orden de cosas, y teniendo en cuenta la elaboración y pronta tramitación de un proyecto de ley de garantías a los derechos de los NNA, el Defensor de la Infancia debiera ser incluido en dicho proyecto de ley. Junto con las razones ya dadas respecto de la necesidad de contar con un órgano especializado para la defensa de los derechos de los NNA, resulta fundamental advertir que el Defensor de la Infancia forma parte de un *sistema integral de garantías a los NNA*. Así, el proyecto de ley de garantías de los derechos de los NNA debiera asegurar la creación del Defensor de la Infancia, estableciéndolo (con sus características esenciales y asegurando la prioridad de su presupuesto propio) en la misma ley y pudiendo delegar a un decreto con fuerza de ley, el detalle de su regulación posterior.

71 La Ley N° 20.285 excluye al CPLT de la aplicación de las normas contenidas en el Título II de la Ley de Bases Generales de la Administración.

72 Asimismo, los cargos directivos del INDH y del CPLT están sujetos al Sistema de Alta Dirección Pública, lo que significa que sus titulares deben ser seleccionados mediante concurso público por el Servicio Civil, de conformidad con las normas que regulan los procesos de selección de la Alta Dirección Pública sobre la base de una terna conformada por el Consejo de esa Alta Dirección.

73 Además hay que tener presente que para incorporar al Defensor de la Infancia en la Constitución se requeriría de altos quórum de adhesión en el Congreso y se podría ralentizar su proceso de instalación, al requerir de una ley posterior que la desarrolle en sus diferentes aspectos.

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 parece adecuada. Esta alternativa no garantiza la creación de esta institución (ni que se respete su configuración como órgano autónomo), ya que el legislador podría desconocer el mandato sin mayores consecuencias jurídicas. Ello constituiría un grave perjuicio al proceso de construcción de un sistema legal universal de garantías a los derechos de la infancia.

1.2 Naturaleza jurídica del Defensor de la Infancia

Para determinar la naturaleza jurídica del Defensor de la Infancia hay que tener presente que en el sistema instituido por la Constitución y la Ley de Bases Generales de la Administración, la administración y el gobierno pertenecen al Presidente de la República⁷⁴. De ahí que se califique a este último como “el órgano máximo del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, el centro de su normatividad, puesto que a él y en él convergen de un modo u otro los demás órganos”⁷⁵.

De este modo, el Presidente (Constitución, art. 33, y Ley de Bases Generales de la Administración, art. 22), asistido por los Ministerios, define las políticas y planes de los distintos sectores (Ley de Bases Generales de la Administración, art. 22,), mientras los servicios públicos son considerados como órganos administrativos de ejecución de esas políticas y planes (Ley de Bases Generales de la Administración, art. 28).

Desde una perspectiva orgánica, la administración del Estado en Chile se presenta así como un conjunto de unidades administrativas de variada configuración, que generalmente se relacionan con el Presidente por un vínculo de dependencia o jerarquía, o por un vínculo de tutela o supervigilancia⁷⁶. Así, la ley distingue los órganos centralizados de los descentralizados (Constitución, art. 3, y Ley de Bases Generales de la Administración, art. 29)⁷⁷.

74 El art. 24 de la Constitución dispone: “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”.

75 Silva Bascañán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, La Constitución de 1980, Gobierno, Editorial Jurídica, Santiago, 2002, p. 84.

76 Entre los elementos que envuelve el vínculo de jerarquía, se mencionan el poder de instrucción de las autoridades superiores sobre las inferiores y el poder de reforma, por el que los superiores pueden modificar o dejar sin efecto los actos dictados por los órganos inferiores. Entre las segundas, destaca en Chile la facultad del Presidente para nombrar y remover libremente a los jefes superiores de los órganos descentralizados (los que se califican como de la exclusiva confianza del Presidente).

77 Forman parte de la organización centralizada los Ministerios y el conjunto de servicios públicos que actúan bajo la personalidad jurídica y con el patrimonio del Fisco, que se relacionan por un vínculo de dependencia con el Presidente (Ley de Bases Generales de la Administración, art. 29); y de la organización descentralizada (territorial o funcionalmente), aquellas instituciones dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio (Ley de Bases Generales de la Administración, art. 29), que se relacionan con el Presidente por un vínculo de supervigilancia.

De este modo, aun cuando los órganos descentralizados nacen con una vocación de autonomía mayor a la de los órganos centralizados, ellos no escapan a un cierto control del poder central⁷⁸.

Con todo, como antes se indicó, la práctica ha aceptado el surgimiento de órganos dotados de importantes grados de autonomía frente al poder central.

En este contexto, y a la luz de la regulación y configuración de otras instituciones dotadas de una autonomía reforzada en el ordenamiento jurídico chileno, se sugiere:

- Configurarlos como una *institución autónoma*⁷⁹⁻⁸⁰.
- Otorgarle *personalidad jurídica y patrimonio propio*, de modo que pueda actuar sin necesidad de recurrir a la personalidad jurídica o patrimonio del Fisco⁸¹.
- *Excluirlo* de la aplicación de las normas del Título II de la Ley de Bases Generales de la Administración. Esto le conferiría un grado mayor de autonomía y de flexibilidad en su organización interna, sin perjuicio de la necesidad de reponer en la nueva normativa algunas de las reglas allí contenidas (por ejemplo, en materia de delegación o de responsabilidad).
- Atendido que no mantendrá vínculos con un Ministerio específico, se sugiere determinar en la ley el Ministerio que suscribirá las normas que deban aprobarse por decreto supremo (Constitución, art. 35)⁸². Dada la importancia capital que la protección de los derechos de la infancia debe revestir en el ordenamiento jurídico interno, parece aconsejable que dicho ministerio sea, al igual que en el caso del CPLT, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

78 Alguna doctrina ha llegado incluso a afirmar que la descentralización administrativa “tiene existencia jurídica, pero carece de operatividad real” (Pantoja, Rolando. *La organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp.389 y ss.), fundamentalmente debido a su dependencia del poder central en materia presupuestaria.

79 Tradicionalmente la calificación de “autónomo” de ciertos órganos administrativos simplemente se ha entendido como sinónimo de descentralización. Para que esta autonomía sea efectiva, es necesario que vaya acompañada de otros mecanismos que garanticen la independencia personal e institucional del Defensor de la Infancia, según se verá más adelante.

80 La configuración del INDH y del CPLT como corporaciones autónomas de derecho público tuvo como finalidad evitar que estos organismos formaran parte de los cuadros orgánicos de la Administración. En el mensaje del INDH se señaló a propósito de este punto: “No es, en nuestra terminología, un órgano de la Administración del Estado, colaborador del Presidente de la República con su tarea de gobierno y administración. Se trata de una entidad autónoma del Gobierno, no sujeta, por tanto, a controles jerárquicos, ni de supervigilancia o tutela. Expresamente el texto subraya que sea una ‘corporación autónoma’”. Con todo, cabe tener presente que la Contraloría ha dictaminado que el INDH tiene la calidad de servicio público y, como tal, se rige por las normas generales aplicables a estos organismos (Dictámenes 51013 de 2012 y 37866 de 2014). Por lo mismo, no basta con atribuirle el carácter de corporación autónoma de derecho público.

81 Como destaca la doctrina nacional, la atribución de personalidad jurídica no es una circunstancia suficiente para garantizar la autonomía de un organismo, pero puede ser útil junto con otros elementos para lograr un mayor grado de autonomía. Además, por regla general los órganos autónomos creados por ley son configurados como organismos descentralizados.

82 Así se hizo la ley que creó el CPLT, atribuyendo competencia al Ministerio Secretaría General de la Presidencia para los decretos en que no hubiera una vinculación con un determinado Ministerio.

1.3 Órgano unipersonal o colegiado

Es usual que la autonomía de ciertos órganos administrativos se persiga también a través de una composición colegiada⁸³. Sin embargo, los Ombudsman tradicionalmente se instituyen como organismos *unipersonales*.

En la medida que el Defensor de la Infancia se inscribe en la lógica de los Ombudsman, y que su poder descansa fundamentalmente en el prestigio y poder del titular del cargo (el que podría debilitarse al distribuirse entre varios consejeros), estimamos que en principio no hay razones para apartarse de la práctica generalizada en esta materia: la de ser un órgano unipersonal.

1.4 Forma de designación del Defensor de la Infancia

Una forma de garantizar la autonomía del Defensor de la Infancia frente al Gobierno es limitando las potestades de este último para designar a su titular. Esta limitación puede manifestarse en la necesidad de una ratificación por parte del Congreso de la elección efectuada por el Presidente de la República o la participación de diversas autoridades en la elección, entre otras alternativas⁸⁴.

A la luz de los mecanismos de designación existentes en el ordenamiento chileno, se sugiere que el Defensor de la Infancia cuente con un *titular elegido por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional*. Ya que en este caso el Defensor de la Infancia ejerce una suerte de supervisión del Gobierno, homologable a la actividad de fiscalización que desempeña la Cámara de Diputados, se debe evaluar alterar la regla general en la materia (acuerdo del Senado) y que sea la Cámara la que participe en este acuerdo. En todo caso, el aspecto central del proceso de designación radica en el concurso entre la decisión del Presidente de la República y el Congreso Nacional.

Para satisfacer la necesidad de un procedimiento que garantice la representación pluralista de las fuerzas sociales interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos en la composición de la institución (Principios de París) y que incluya la participación de todos los componentes pertinentes del Estado, de la legislatura y la sociedad civil (Observación General N°2), se debiera evaluar la instauración de un *consejo consultivo* que elabore

83 Esta tendría como ventaja permitir una diversidad de opiniones en el seno de la organización, garantizando así su composición pluralista (Gentot, Michel: *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, París, 1994, p. 53). Esta característica no ha estado exenta de críticas. En Francia, país en el que la mayoría de las autoridades administrativas independientes son de carácter colegiado, la doctrina ha denunciado que ello no las excluye de una cierta politización (Gentot, Michel, Op.Cit., p. 53), ni es factor, en sí mismo, de independencia (Guédon, Marie José, Op. Cit., p. 69).

84 Salvador Martínez, Op. Cit., pp. 361 y ss.

un informe (no vinculante) al Presidente de la República sobre eventuales candidatos al cargo de Defensor de la Infancia. En este Consejo debieran estar representados los diversos actores sociales relevantes, representativos de la sociedad civil en materia de infancia, así como los propios NNA, en concordancia con su derecho a la participación en materias que les afectan directamente.

1.5 Remoción del Defensor de la Infancia

Para garantizar la estabilidad en el cargo, se sugiere establecer *causales tasadas* para la remoción del Defensor de la Infancia. Entre otras, pueden considerarse las causales estrictas establecidas para la remoción de otros órganos autónomos del ordenamiento chileno, tales como incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones (CPLT, INDH).

Para reforzar la autonomía, se sugiere además que la remoción quede en manos del Senado o de la Corte Suprema, a solicitud del Presidente de la República o de la Cámara de Diputados, replicando alguno de los mecanismos ya existentes en el ordenamiento interno.

1.6 Duración en el cargo

Es común que se establezca un periodo de duración del mandato de los titulares de los organismos autónomos que no coincida con el mandato del Gobierno o con el periodo de la legislatura.

Atendida la duración del mandato presidencial y los periodos contemplados en el ordenamiento interno para los organismos autónomos, se sugiere que el Defensor de la Infancia sea nombrado por periodos de *cinco o seis años*, de modo tal de no coincidir con los periodos presidenciales vigentes.

1.7 Requisitos de elegibilidad del Defensor de la Infancia

La *idoneidad y prestigio* de la persona que va a desempeñar el cargo de Defensor de la Infancia es fundamental para reforzar la legitimidad técnica y moral que esta institución requiere; por esta razón, se sugiere que se exija a los postulantes al cargo requisitos equivalentes a los demandados para formar parte de organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Esto es, debiera tratarse de una persona de reconocido prestigio moral y profesional, con experiencia acreditada en el campo de los derechos humanos en general y los derechos de la infancia en particular, con la debida independencia e imparcialidad para el cumplimiento de sus funciones.

1.8 Régimen de incompatibilidades

Por la función de supervisión de los órganos públicos, debiera ser incompatible el cargo de Defensor de la Infancia con otros cargos públicos. Dado lo anterior, se propone establecer un *régimen de incompatibilidades* análogo al que se ha establecido respecto de otros organismos autónomos.

1.9 Potestad del Defensor de la Infancia para aprobar sus estatutos de organización interna

Parte importante de los organismos autónomos en derecho comparado tienen la potestad para aprobar sus estatutos o reglamentos internos⁸⁵, siendo ésta una manifestación más de su autonomía. El ordenamiento chileno no es ajeno a esta tendencia, como se observa en la configuración del INDH y el CPLT.

Por lo anterior, se sugiere incorporar una norma que permita al Defensor de la Infancia *proponer sus propias normas de funcionamiento*. En esta materia se puede recurrir al diseño utilizado en la ley que creó el INDH, con las modificaciones pertinentes.

La autonomía de un organismo se manifiesta también en la contratación y gestión del personal⁸⁶. Para otorgar una mayor flexibilidad en la contratación, se puede considerar someterla al régimen laboral del Código del Trabajo. En todo caso, el principio central en este punto es el de garantizar máxima autonomía y capacidad de gestión para una eficaz y eficiente labor.

1.10 Presupuesto del Defensor de la Infancia

Uno de los mecanismos para ejercer una especie de control respecto de los órganos de la administración, es precisamente la definición del presupuesto que se les asigna. La *autonomía presupuestaria* es así un elemento relevante en la configuración de los organismos autónomos.

Sin embargo, en Chile, por regla general, el financiamiento de todos los órganos públicos tiene por principal fuente la respectiva ley de presupuesto (anual), en cuya elaboración

85 Salvador Martínez, María, Op. Cit., p. 359.

86 *Ibid.*, p. 363.

intervienen el Presidente y el Congreso. Sólo algunos organismos, como el Tribunal Constitucional, tienen asegurado un piso presupuestario en su propia ley orgánica⁸⁷.

Dada la dificultad de alterar la regla general que rige el sector público en materia de presupuesto, se debiera considerar, en la ley de garantías que lo crea, una regla que establezca *prioridad a los recursos* que deban ser destinados al Defensor de la Infancia. Esta regla parece responder al carácter primario que los presupuestos deben otorgar a la protección de los derechos de la infancia y a las instituciones públicas orientadas a su efectivización. Una regla de asignación prioritaria (u otra regla de amarre equivalente) puede generar un virtuoso balance entre las exigencias de redistribución de recursos y la debida justificación del Estado en términos de considerar el interés superior del niño de manera prioritaria.

1.11 Control del Defensor de la Infancia ejercido por Contraloría

En esta materia se sugiere replicar la fórmula utilizada para el CPLT y del INDH, conforme a la cual estos órganos están sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República “en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas”. Con todo, hay que tener presente que la jurisprudencia constitucional y administrativa en ciertos casos ha restringido el alcance de este tipo de limitaciones legales, en la medida que el control que efectúa el órgano contralor está consagrado en la propia Constitución. Sobre esto se vuelve más adelante.

1.12 Eventuales objeciones a la autonomía

En los ordenamientos cuya Constitución confía la administración al Gobierno (como en Chile), parte de la doctrina sostiene la inconstitucionalidad de la autonomía de ciertos órganos de la administración, ya que limitan las facultades que corresponden al Gobierno como órgano superior de la administración. De la misma manera, se ha criticado el reducido control político que se ejerce sobre estas autoridades, lo que afectaría su legitimidad democrática⁸⁸.

87 El art. 81 de la Ley N°17.997 dispone: “El Presupuesto de la Nación deberá considerar como mínimo, para el funcionamiento del Tribunal, la cantidad destinada al efecto en el año anterior, expresada en moneda del mismo valor. Esta norma no incluye las cantidades destinadas a la adquisición de bienes de capital que no sean necesarias en el nuevo presupuesto”. Del mismo modo se establece en la ley orgánica de las Fuerzas Armadas: “Sin perjuicio de los recursos que correspondan para gastos en personal, los que se reajustarán periódicamente conforme a las normas que regulan estas materias, la Ley de Presupuestos deberá asignar como mínimo para los demás gastos de las Fuerzas Armadas, un aporte en moneda nacional y extranjera no inferior al asignado en la Ley de Presupuestos aprobada y ejecutada para el año 1989, corregido el aporte en moneda nacional por el factor que resulte de dividir el valor del índice promedio de precios al consumidor del año en que rija la Ley de Presupuestos y el promedio del año 1989” (art. 96, Ley N° 18.948).

88 Salvador Martínez, María, Op. Cit., pp. 373 y ss.

En esta línea, la sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (“Ley de Transparencia”), fue adoptada con un voto disidente (de los ministros Raúl Bertelsen y Jorge Correa), que cuestionó la facultad del CPLT para dictar instrucciones por constituir ésta una limitación a la potestad de administración del Presidente de la República⁸⁹. Esta es una *tesis que hasta la fecha no ha encontrado mayor eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, por lo que en principio es poco probable que un argumento de esta naturaleza sea retenido respecto del Defensor de la Infancia. Además, cabe tener presente que estas críticas están directamente relacionadas con ciertas potestades que detentan los órganos autónomos, que afectan intensamente los derechos de las personas (normativas y sancionatorias, entre otras), las que estarían ausentes en la configuración del Defensor de la Infancia.

2. Funciones y atribuciones del Defensor de la Infancia

Para la determinación concreta de cada una de las funciones y atribuciones del Defensor de la Infancia, se debe tener presente la lista indicativa contenida en la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño, así como las competencias que en derecho comparado se confieren tradicionalmente a este tipo de instituciones. Entre ellas destacan:

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

⁸⁹ A juicio de los disidentes, “dicha disposición viene a alterar la potestad que el artículo 24 de la Constitución radica en el Presidente de la República para administrar el Estado, pues en ella se otorga a una entidad que no depende del Presidente, la facultad de dictar instrucciones generales, en el ámbito de su competencia, que resultarán obligatorias para los órganos de la Administración del Estado. Tales instrucciones se constituirán así en una limitación a la facultad de dirección del Presidente de la República sobre esos órganos, limitación que no se condice con las facultades que la Carta le otorga al Jefe de Estado, las que, a diferencia de las que pudieran emanar de las leyes, surgen de un órgano no electo y sin responsabilidad política... lo que se aparta de la declaración que formula el artículo 4° de la Carta Fundamental, según la cual ‘Chile es una república democrática’”, STC 1051.

- particular, brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados sobre la interpretación y aplicación de la Convención;
- f) Velar por que los encargados de formular la política económica nacional tengan en cuenta los derechos del niño al establecer y evaluar los planes económicos y de desarrollo nacionales;
 - g) Examinar la manera como el Gobierno aplica la CDN y vigila la situación de los derechos del niño e informar al respecto, procurando lograr que las estadísticas estén debidamente desglosadas y que se reúna periódicamente otro tipo de información a fin de determinar lo que ha de hacerse para dar efectividad a los derechos del niño;
 - h) Fomentar la adhesión a todo instrumento internacional de derechos humanos pertinente o su ratificación;
 - i) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la CDN, exigir que una consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños sea su interés superior, y velar por que los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta desde el momento de su elaboración hasta su aplicación y más allá;
 - j) Velar por que los niños puedan expresar su opinión y ser oídos en los asuntos que conciernen a sus derechos humanos y en la definición de las cuestiones relacionadas con sus derechos;
 - k) Promover y facilitar una participación significativa de las ONG que se ocupan de los derechos del niño, incluidas las organizaciones integradas por niños, en la elaboración de la legislación nacional y los instrumentos internacionales sobre cuestiones que afectan a la infancia;
 - l) Fomentar la comprensión y la toma de conciencia en el público de la importancia de los derechos del niño y, con este fin, trabajar en estrecha colaboración con los medios informativos y emprender o patrocinar investigaciones y actividades educativas en la materia;
 - m) Sensibilizar al Gobierno, los organismos públicos y el público en general acerca de las disposiciones de la CDN y vigilar las formas en que el Estado cumple sus obligaciones a este respecto;
 - n) Colaborar en la elaboración de programas relativos a la enseñanza e investigación en la esfera de los derechos del niño y la integración de dicho tema en los planes de estudios escolares y universitarios y en el ámbito profesional;
 - o) Adoptar en la educación sobre derechos humanos un enfoque centrado específicamente en los niños (además de promover en el público en general la comprensión de la importancia de los derechos del niño);
 - p) Emprender procedimientos judiciales para reivindicar los derechos del niño en el Estado o brindar a los niños asistencia jurídica;
 - q) Entablar, cuando proceda, procesos de mediación o conciliación antes de que se recurra a una acción judicial;

- r) Facilitar a los tribunales sus conocimientos especializados sobre los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de *amicus curiae* o parte interviniente;
- s) Realizar visitas a los centros de menores (y a todos los lugares en que haya menores recluidos para su reforma o castigo) y a las instituciones de atención al menor con el fin de informar sobre la situación y formular recomendaciones para que mejore;
- t) Llevar a cabo cualquier otra actividad relacionada con lo antes señalado.

2.1 Marco normativo de referencia amplio, fundado en los derechos de la infancia

La protección de los derechos de los NNA supone la facultad de supervisar el cumplimiento tanto de la normativa nacional como de los tratados internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño⁹⁰. Asimismo, se debe poder evaluar si la legislación nacional se ajusta a las prescripciones derivadas de tratados u otros documentos internacionales y, de no ser así, la forma en que ésta se puede ceñir a dichos mandatos. Para seguir las evoluciones de estas normativas, se sugiere hacer una referencia expresa no sólo a los tratados internacionales suscritos en la materia (en particular, a la CDN), sino que también a las recomendaciones, opiniones o interpretaciones que emitan los órganos internacionales, para que sirvan de referencia para el ajuste y evolución de las normas internas o políticas en general. Un caso ilustrativo en la materia es el de Suecia⁹¹.

2.2 Atribuciones respecto de organismos privados

Las experiencias comparadas recientes demuestran que la tutela de los Defensores del Pueblo opera no sólo frente a actuaciones de los órganos de la administración del Estado, sino que también frente a *entidades privadas coadyuvantes* del mismo. En este sentido, por ejemplo, puede comprender a los prestadores de servicios públicos o de interés general concesionados (en el caso de la infancia, por ejemplo, las instituciones colaboradoras del Servicio Nacional de Menores, establecidas en la Ley Nº 20.032).

Atendida la importancia que tiene la colaboración de instituciones privadas con el Estado en materia de atención de los NNA, y lo dispuesto en la Observación General Nº2 sobre la necesidad de conferir a las instituciones nacionales las facultades necesarias para

90 Entre las funciones que le deben ser conferidas a las instituciones de defensa de los derechos de los NNA, la Observación General Nº2 contiene la promoción de “la armonización de la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales con la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño y fomentar su aplicación efectiva, en particular brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados sobre la interpretación y aplicación de la Convención”.

91 “Within his remit the Ombudsman for Children shall: (...) 5. follow international developments regarding interpretation of the Convention on the Rights of the Child and its application” [The Ombudsman for Children Act, Swedish Code of Statutes no: 1993:335, Issued: 13 May 1993].

promover y proteger los derechos de todos los niños “en relación no sólo con el Estado sino también con todas las entidades públicas y privadas pertinentes”, se sugiere que el ámbito de acción del Defensor de la Infancia se extienda también a organismos privados. Al efecto, puede servir de referencia el modelo argentino de Defensor de la Infancia, que actúa indistintamente ante instituciones públicas y privadas (ver Cuadro N°2).

2.3 Atribuciones para tramitar casos individuales

Entre los ordenamientos que contemplan Ombudsman de la infancia, algunos le confieren la misión de defender y promover los derechos de los NNA únicamente desde una perspectiva colectiva (por ej., Suecia), otros lo hacen desde una perspectiva colectiva e individual y otros únicamente desde una perspectiva individual⁹². Entre ambos modelos, hay un amplio abanico de opciones.

Para dar una mayor extensión al mandato del Defensor de la Infancia, a la luz de lo dispuesto en la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño, y considerando la ausencia de mecanismos de intermediación administrativa entre los NNA y las autoridades públicas en los casos en que se transgreden los derechos de los primeros, se sugiere que el Defensor de la Infancia detente *ambos tipos de funciones*. Esta posición resulta coherente con el avance en materia de denuncias individuales y colectivas por violaciones a los derechos de los NNA, en conformidad con el IV Protocolo Facultativo o Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño (que crea un mecanismo de denuncias individuales y colectivas por violación a los derechos establecidos en esta Convención)⁹³.

Esto se traduciría, entre otras, en potestades para tramitar reclamos y denuncias, principalmente ante instancias administrativas y frente a privados. Un ejemplo en este sentido es la función que el ordenamiento argentino otorga al defensor de los niños para recibir todo tipo de reclamos de parte de los NNA, así como el deber que establece en orden a que se les dé curso de forma inmediata⁹⁴. Excepcionalmente, se podría dotar al Defensor de la Infancia de competencia para interponer acciones de carácter judicial, en determinados casos graves y que puedan tener un efecto ilustrador importante.

92 UNICEF, *El trabajo del defensor de los Niños*, Innocenti Digest, 1997, pp. 8 y ss.

93 Suscrito por el Gobierno de Chile en febrero de 2012 y actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional, para su ratificación.

94 Art. 55: “Son sus funciones: (...) j) Recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate”.

Sobre esta materia, particularmente se sugiere:

- Definir en sentido amplio los sujetos habilitados para accionar ante el Defensor de la Infancia (los NNA directamente, miembros de la familia, asociaciones y otros) y la posibilidad de que el Defensor de la Infancia actúe de oficio.
- En los casos en que la reclamación parece justificada, formular recomendaciones y proponer soluciones de arreglo entre la administración (o privados) y el NNA que interpone (o a cuyo nombre se interpone) la reclamación.
- Establecer la obligación del Defensor de la Infancia de informar a los servicios competentes cuando en el ejercicio de sus funciones tenga información de violaciones a los derechos de los niños, que requieran la intervención de estos servicios.
- Establecer ciertos criterios que delimiten y justifiquen la interposición de acciones judiciales en representación de NNA (casos emblemáticos, de connotación pública o extrema gravedad⁹⁵), para no distorsionar la naturaleza eminentemente administrativa y de órgano de persuasión del Defensor de la Infancia⁹⁶.

Sobre la *representación judicial* de los derechos de los NNA, resulta importante destacar que la figura del Defensor de la Infancia no tendría por objeto solucionar el actual déficit que experimentan en Chile los NNA en el ejercicio de su derecho a acceder a la justicia. Como ya se ha indicado en este estudio, la función de orientación legal y representación judicial, empero, no debiera ser asumida por el Defensor de la Infancia, institución que, en cuanto órgano de persuasión en la tradición de los Ombudsperson, se orienta hacia otro tipo de funciones. La debida orientación legal y representación judicial de los intereses independientes de los NNA (no de los adultos responsables) debiera garantizarse en el marco del desarrollo de un programa adecuado (actualmente insuficiente) de acceso a la justicia para los NNA. Dicho derecho a acceso a una justicia especializada, incluido el derecho de los NNA a ser oídos directamente o a través de un representante especializado para ello, debiera también ser asegurado en una futura ley de garantías a los derechos de la infancia. Ello importaría, a su vez, una debida revisión de las competencias y capacidades actualmente establecidas en distintas instituciones que buscan cumplir dichos roles, pero en un marco institucional de recursos y competencias insuficientes, tales como las Corporaciones de Asistencia Judicial, los Programas de Representación Judicial y la figura del Curador *Ad Litem*.

95 Una limitación análoga se contempla en la Ley 20.405 del INDH, para la presentación de querrelas por parte de este organismo.

96 El riesgo de una escasa delimitación de estas defensas judiciales es que el Defensor de la Infancia se transforme en una especie de órgano de mera asesoría jurídica, con lo que sus capacidades técnicas y presupuestarias tendrían que ampliarse considerablemente para satisfacer una demanda probablemente alta.

2.4 Atribuciones complementarias

Para preservar el carácter de magistratura de persuasión que tradicionalmente se le reconoce a los Ombudsmen y evitar conflictos de competencia con otras instituciones del ordenamiento interno (tribunales de justicia, Contraloría o superintendencias), se sugiere que la ley de garantías que crea el Defensor de la Infancia reconozca las siguientes *atribuciones complementarias*⁹⁷:

- Se dote al Defensor de la Infancia de suficientes *poderes de influencia*, complementarios a las funciones ejercidas por otras instituciones en la supervisión del cumplimiento de la normativa de derecho nacional e internacional: recopilación y difusión de información, recomendación (de modificaciones legales y cursos de acción), asesoría y opinión⁹⁸.
- Se evite atribuir a esta institución competencias ejecutivas (potestades sancionatorias, anulatorias, etc.).
- Se establezca una limitación para investigar aquellos casos que ya están en conocimiento de los tribunales de justicia.

2.5 Obligación de colaboración en el ejercicio de las funciones del Defensor de la Infancia

A la luz de la naturaleza de las atribuciones que detentaría el Defensor de la Infancia y la ausencia de facultades coercitivas para garantizar la eficacia de sus actuaciones, se sugiere:

- Incorporar una norma que permita requerir colaboración a los demás organismos de la administración (de modo análogo a la que se establece para el INDH y el CPLT).
- Establecer en forma expresa la obligación de colaborar de los organismos y funcionarios requeridos e incluso alguna forma de sanción en caso de que se obstaculice la actuación del Defensor de la Infancia⁹⁹.

97 De conformidad a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 2°, de la Constitución, en concordancia con su artículo 7°, es materia de ley (de iniciativa exclusiva del Presidente) la creación y supresión de servicios públicos o empleos rentados, así como la determinación de sus funciones o atribuciones. De ahí que las funciones y atribuciones del Ombudsman de la Infancia en Chile deban efectuarse por ley.

98 Estas atribuciones se debieran enmarcar en las funciones que llevan a cabo las instituciones de defensa de los derechos de los NNA, las que se pueden agrupar en cuatro categorías: (i) influencia en la ley, la política y la práctica; (ii) hacer frente a las violaciones individuales de los derechos; (iii) realizar investigaciones; y (iv) promover la sensibilización sobre los derechos del niño (UNICEF, *El Trabajo del Defensor de los Niños*, Op. Cit., pp. 6 ss.).

99 A modo ilustrativo, en Argentina se establece que: “Todas las Entidades, Organismos y personas jurídicas, ya sean públicas o privadas, y las personas físicas están obligadas a prestar colaboración a los requerimientos del Defensor; con carácter preferente y expedito” (art. 62); y que: “Todo aquel que desobedezca u obstaculice el ejercicio de las funciones previstas en los artículos precedentes incurrirá en el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal (...)” (art. 63).

2.6 Rendición de cuentas

Por regla general los Ombudsmen deben rendir cuenta de su gestión, siendo éste uno de los instrumentos más eficaces para denunciar los problemas que se observen en materia de defensa de los NNA. Por esto, se sugiere que el Defensor de la Infancia rinda anualmente cuenta pública de su gestión, ante el Parlamento y el Presidente de la República.

3. Presencia territorial del Defensor de la Infancia

Para garantizar la plena accesibilidad de los NNA al Defensor de la Infancia, se recomienda la creación de oficinas *a lo largo del país*, y con progresiva presencia territorial o comunal.

Para estos efectos, se puede establecer un régimen de desconcentración territorial, otorgando competencias a Direcciones y oficinas regionales¹⁰⁰, de modo análogo al sistema contemplado en la Ley N°20.529 que creó la Superintendencia de Educación, que encomendó a un decreto con fuerza de ley el establecimiento de las Direcciones regionales (art. 47).

4. Regulaciones comunes aplicables a los órganos de la administración del Estado

Salvo excepciones justificadas, se debiera aplicar al Defensor de la Infancia el régimen general de derecho público establecido para los órganos de la administración del Estado. A continuación se describen algunas de las regulaciones comunes más relevantes en la materia, las que deben ser consideradas para el diseño de esta institución¹⁰¹.

4.1 Regulaciones comunes aplicables a los órganos de la administración

Si bien algunos órganos pueden tener un vínculo atenuado con el Presidente de la República, ello no obsta la aplicación de ciertas regulaciones comunes, que en algunos casos pueden constituir una limitación a su autonomía.

100 La Constitución establece que la Administración del Estado será “funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley” (art. 3). Por otra parte, la Ley de Bases Generales de la Administración dispone que: “Sin perjuicio de su dependencia jerárquica general, la ley podrá desconcentrar, territorial y funcionalmente, a determinados órganos...” (art. 33).

101 Se debe tener presente que tratándose de regulaciones establecidas en leyes orgánicas constitucionales, las excepciones deben ser establecidas en normas de igual naturaleza.

Las bases de estas normativas emanan de la propia Constitución. En ella se establece un régimen común en materia de: (i) organización (art. 38); (ii) publicidad de los actos administrativos y sus documentos (art. 8); (iii) control efectuado por la Contraloría General de la República (arts. 98 y 99); (iv) presupuesto (art. 67); (v) dictación de los actos administrativos (art. 63 N° 18,); (vi) probidad en el ejercicio de la función pública (art. 8).

Cada una de estas materias tiene un desarrollo en la ley¹⁰².

- *Ley de Bases Generales de la Administración*

En cumplimiento del mandato contenido en el art. 38 de la Constitución, la Ley de Bases Generales de la Administración regula con carácter general la organización básica de la administración pública, la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse¹⁰³. De este modo, en la medida que se entienda que un órgano pertenece a la administración pública se le aplican ciertas reglas comunes de la Ley de Bases Generales de la Administración. Sobre este punto, la jurisprudencia ha retenido un concepto amplio de administración pública¹⁰⁴. Con todo, es conveniente que el Defensor de la Infancia esté excluido de la aplicación del Título II de la Ley de Bases Generales de la Administración¹⁰⁵, tal y como ocurre con órganos con autonomía constitucional (Contraloría General de la República, Banco

102 Respectivamente: (i) Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; (ii) Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública; (iii) Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; (iv) Decreto Ley N° 1263, que establece el sistema de administración financiera del Estado; (v) Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado; (vi) Ley N° 18.834, que establece el Estatuto Administrativo y Ley de Bases generales de la Administración (entre otras).

103 Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, “es evidente que el constituyente en el artículo 38 de la Carta Fundamental quiso ordenar de una manera estable la organización básica de la Administración del Estado y por ello encargó a la norma orgánica constitucional este cometido”. STC 115, C°7.

104 El Tribunal Constitucional sentenció que “el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones [administración pública y administración del Estado] como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el Constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.” STC 39.

105 El Título II (“Normas Especiales”) contiene varios párrafos, los que en grandes rasgos regulan, respectivamente: (i) Párrafo 1° (“De la Organización y Funcionamiento”): contiene la definición de Ministerios, sus funciones, su división interna (una o más Subsecretarías), normas de subrogación de Ministros, desconcentración territorial mediante Secretarías Regionales Ministeriales, una definición de servicios públicos (los que, según el artículo 28, son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua), una clasificación de tales servicios en centralizados y descentralizados, normas comunes para ambos tipos (posibilidad de desconcentración territorial y funcional), normas sobre su dirección (como regla general, estructura unipersonal a cargo de un Director y, por excepción, estructura colegiada), niveles de organización o jerarquía mínimos dentro de cada servicio. Además, contempla normas de delegación de atribuciones en los servicios (por parte de Ministerios), representación judicial o extrajudicial, posibilidad de subrogación, contiendas de competencia, requisitos para ser Ministro o Subsecretario, norma general de delegación para la generalidad de las funciones administrativas y régimen de responsabilidad del Estado por falta de servicio. (ii) Párrafo 2° (“De la Carrera Funcionaria”): contiene una remisión a un Estatuto Administrativo, normas generales sobre ingreso a la Administración, contenidos mínimos de un sistema de carrera funcionaria, normas sobre calificaciones, directrices para la capacitación y perfeccionamiento, reglas básicas para el estatuto de los cargos de exclusiva confianza (casos de procedencia), principios básicos para sistema de remuneraciones.

Central, Consejo Nacional de Televisión, Municipalidades¹⁰⁶) y con autonomía legal (CPLT)¹⁰⁷.

- *Publicidad y transparencia de los actos administrativos*

A partir de la reforma constitucional de 2005 –que introdujo el actual artículo 8° a la Constitución– y la dictación de la Ley de Transparencia, se impuso a los organismos públicos el deber de respetar la *publicidad* de sus actos, resoluciones, procedimientos y documentos, así como las de sus fundamentos y el deber de facilitar el acceso a esa información a cualquier persona que lo solicite.

La Ley de Transparencia establece que sus disposiciones se aplican a “los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, los servicios públicos, las empresas del Estado, la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Congreso Nacional, los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral” (art. 2°). Como se aprecia, en esta enumeración se comprenden otros poderes del Estado (Congreso y Tribunales) y, además, algunos órganos autónomos constitucionales (municipalidades, Contraloría, Banco Central).

Con todo, la aplicación de la Ley de Transparencia admite ciertas modulaciones en estos casos:

- Para aplicarse a los órganos que integran otros poderes del Estado (Congreso y Tribunales) y para las autonomías constitucionales, la misma Ley de Transparencia contempló reglas especiales para cada caso, que en general: (i) reúnen el quórum legislativo que implica una modificación del estatuto de cada uno de esos órganos (rango orgánico constitucional); (ii) implican una sujeción general al estatuto de la transparencia activa, pero con los matices necesarios para respetar la autonomía de estos órganos¹⁰⁸.
- Tratándose de la *transparencia pasiva*, el ámbito de las modulaciones respecto a las autonomías constitucionales es mayor. La Ley de Transparencia diseñó un procedimiento de reclamo especial respecto de los órganos con autonomía constitucional ante negativas de

106 Estos organismos están regulados fundamentalmente en la Constitución y en su propia ley orgánica, sin perjuicio del carácter supletorio de la Ley de Bases Generales de la Administración.

107 Como antes se indicó, la ley que creó el CPLT lo excluyó expresamente de la aplicación de esta normativa.

108 Por ejemplo, para el caso de la Contraloría General de la República, la Ley de Transparencia (artículo quinto) modificó la ley orgánica de este órgano (Ley N° 10.336), señalando que se regiría por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, pero sólo por ciertas disposiciones (del estatuto general de la *transparencia activa*).

acceso a la información, entendiendo que someterlos a la decisión del CPLT invadiría su ámbito de autonomía¹⁰⁹.

- c. Ninguna instrucción o interpretación que pudiera emanar del CPLT es vinculante para los órganos con autonomía constitucional. Ellos dan cumplimiento a la Ley de Transparencia sólo conforme a lo indicado en su respectiva ley orgánica¹¹⁰. En definitiva, la Ley de Transparencia se aplica en el aspecto sustantivo. En el aspecto procesal, se observan las mayores diferencias, por cuanto estos órganos con autonomía constitucional no pueden quedar sometidos a la decisión del CPLT¹¹¹.

Respecto de los órganos autónomos creados por ley rige en plenitud el estatuto de la Ley de Transparencia y la competencia del CPLT.

- *Control efectuado por la Contraloría General de la República*

Este se ejerce principalmente a través del control preventivo de *toma de razón* del acto administrativo o a través de dictámenes en el marco de una solicitud de pronunciamiento sobre la legalidad de un acto o medida de un órgano público.

Tratándose de ciertos organismos, el legislador se ha preocupado de que este control no se transforme en una carga que afecte la flexibilidad de su actuación, ni que invada el ejercicio de sus competencias. De ahí que, en muchos casos, en las leyes orgánicas del respectivo órgano, se limite o excluya el control de la Contraloría General de la República¹¹².

Con todo, de acuerdo a cierta jurisprudencia, estas cláusulas no excluyen necesariamente a estos organismos del control de Contraloría establecido en los arts. 98 y 99 de la Constitución¹¹³. Al tener sus atribuciones fuente constitucional, ellas no podrían ser limitadas por el mero expediente

109 Por tal razón, el reclamo en estos casos se plantea directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva (es el caso de la Contraloría General de la República o el Banco Central, por ejemplo).

110 “El precepto transcrito se declarará constitucional en el entendido de que las normas generales que dicte el CPLT en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía que la Constitución, en su artículo 98, le ha conferido a dicho Organismo...” STC 1089, C° 38.

111 Esta conclusión se reforzó después de las sentencias del Tribunal Constitucional, que declararon que no era inconstitucional que una empresa del Estado –Televisión Nacional de Chile– quedara sometida a ese estatuto y por ende, que cualquier particular pudiera requerir información relativa al monto de la remuneración de los directivos de su plana ejecutiva. STC 732 y 1800.

112 Es el caso del Ministerio Público, del CPLT, INDH, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y Superintendencia de Pensiones.

113 A nivel constitucional, las sentencias 1.032 de 2008 –control preventivo del proyecto de ley “que crea el sistema de pensiones solidarias, modifica la institucionalidad para tal efecto, incorpora cambios al sistema de pensiones del decreto ley 3.500 de 1980 y materias relacionadas” (Boletín N° 4742-13)– y 1.051 del mismo año –control preventivo del proyecto de ley sobre acceso a la información pública (Boletín 3773-06)– señalaron que estas cláusulas de limitación de facultades de la Contraloría se ajustaban a la Constitución, “en el entendido que dejan a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98 inciso 1° constitucional, en lo que fuere procedente”. Estas sentencias se dictaron a propósito de las normas para la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y del CPLT.

legal. La jurisprudencia de Contraloría ha hecho suyas esas declaraciones del Tribunal Constitucional, no obstante la ambigüedad de sus efectos¹¹⁴.

- *Régimen presupuestario*

Por regla general el financiamiento de todos los órganos públicos tiene por principal fuente la respectiva ley de presupuesto (anual)¹¹⁵, en cuya elaboración intervienen el Presidente y el Congreso¹¹⁶.

A diferencia de lo que ocurrió hasta 1974, en que los órganos descentralizados elaboraban y ejecutaban sus propios presupuestos, actualmente integran el sistema de administración financiera del Estado¹¹⁷ tanto los órganos descentralizados como los órganos con autonomía constitucional¹¹⁸. De hecho, también lo componen los demás poderes del Estado (Congreso y Poder Judicial). Tal amplitud emana de la enumeración que contiene el art. 2° del DL N°1.263 (“Ley de Administración Financiera del Estado”), cuya norma de clausura es genérica (“en general, a todos los servicios e instituciones de la administración centralizada y descentralizada del Estado, aun cuando no estén incluidos en la enumeración precedente”). Sobre esta materia, cabe destacar que:

- Al ser parte de este sistema, los organismos están sujetos a las instrucciones de los órganos que regulan y supervigilan la ejecución del gasto público, como son la misma Dirección de Presupuestos y la Contraloría General de la República¹¹⁹.

114 En este sentido, los dictámenes N° 51.013 de 2012 –a propósito del INDH–, 28.131 de 2009 –Superintendencia de Quiebras– y 57.761 de 2009 –CPLT– han señalado que: “atendido el principio de supremacía constitucional de las fuentes de las atribuciones de Contraloría y lo declarado en las sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas”, estos órganos “se encuentran sujetos a la fiscalización de Contraloría en todas aquellas materias a las cuales se extienden sus funciones en virtud del mandato constitucional, cuyo ejercicio no se encuentra limitado por lo dispuesto en las mencionadas cláusulas de limitación, como las antes transcritas”.

115 Se aprecia que las leyes orgánicas de la mayoría de los órganos autónomos contienen un listado de fuentes de su patrimonio, en el que incluyen por regla general: aportes anuales de la Ley de Presupuestos; los bienes muebles e inmuebles que se le transfieran o adquieran a cualquier título; donaciones, herencias y legados que acepte; o aportes de la cooperación internacional. A pesar de esta diversidad de fuentes, la principal sigue siendo la de Ley de Presupuesto. Sólo en casos muy específicos, la ley orgánica del órgano ha consagrado una fuente de ingresos alternativa, que puede sustituir en importancia la del presupuesto central. Este es el caso del Panel de Expertos, órgano colegiado autónomo con competencias específicas en materia eléctrica, cuyos costos de funcionamiento, según su ley orgánica (artículo 212 del DFL 4/2008, Ley General de Servicios Eléctricos) son “de cargo de las empresas eléctricas de generación, transmisión y concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica, mediante una prorrata que podrá considerar tanto el valor de sus activos como el número estimado de discrepancias que les afecten y la naturaleza o complejidad de éstas”.

116 Por razones históricas, la Constitución regula en detalle el proceso de formación de la Ley de Presupuesto. Para ello, las instituciones que integran el sistema deben preparar sus propias estimaciones presupuestarias (entradas y gastos) sobre la base de un marco presupuestario que define de modo previo la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. Esta unidad recopila la información de los órganos que integran el sistema de administración financiera del Estado, sobre la base de la cual prepara el proyecto de ley que el Jefe de Estado debe, por mandato constitucional, remitir al Congreso Nacional. Este proyecto se tramita de acuerdo a las reglas especiales que para tal efecto contempla la Constitución, en sus artículos 65 inciso 4° y 67.

117 El art. 1 de la Ley de Administración Financiera previene que este sistema comprende: “el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado”.

118 Esta es la razón por la cual la doctrina cuestiona la existencia de una verdadera autonomía de los órganos descentralizados.

119 Arts. 15 y 52 de la Ley de Administración Financiera del Estado.

- ii. El sistema de administración financiera no se agota en la fase de discusión y distribución anual de caudales en la gestación de la ley de presupuestos. Este se extiende mediante controles que se aplican ex post, durante la ejecución presupuestaria¹²⁰.
- iii. Las mismas normas orgánicas de algunos de los órganos con mayor autonomía legal explicitan su sometimiento al sistema de administración financiera del Estado, como es el caso del INDH (art. 12, Ley N° 20.405) y del CPLT (art. 42, Ley de Transparencia).

- *Régimen común para la dictación de los actos administrativos*

Con la Ley N° 19.880 se fijó un marco general y supletorio que regula las normas básicas sobre los actos administrativos y los procedimientos que le dan origen (plazos, silencio administrativo, recursos, etc.).

Estas normas se aplican a todos los “servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”¹²¹. Por lo mismo, y no obstante el grado de autonomía de que se pueda dotar a un órgano, ello no impide a que se puedan seguir considerando servicios públicos que cumplen una función administrativa.

- *Régimen común estatutario en materia de probidad*

La norma fundante para la aplicación general del régimen de probidad administrativa se contiene en el artículo 8 de la Constitución y el artículo 52 de la Ley de Bases Generales de la Administración, que encabeza su Título III (“*De la probidad administrativa*”)¹²². Hay que destacar los términos amplios en que está previsto el ámbito de aplicación de esta última preceptiva (“autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes”).

120 Así, con frecuencia las leyes de presupuestos han comenzado a imponer, a través de las glosas, la obligación de informar a la Dirección de Presupuestos dependiente del Ministerio de Hacienda, o a otros órganos de la Administración del Estado (como la Contraloría General de la República), sobre el desempeño y gasto de partidas específicas y la destinación de los fondos que se han colocado a su disposición o que administran, o sobre el cumplimiento de los convenios que celebren. También, es frecuente que la ley de presupuesto exija a los órganos descentralizados, la obligación de remitir información de sus gastos a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, órgano fiscalizador del Congreso en esta materia, contemplada en la Constitución. Al respecto, ver Pallavicini Magnère, Julio: “El Principio de Legalidad del Gasto Público en Materia Financiera”. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, pp. 212-213.

121 El artículo 2° de la Ley N° 19.880 establece el ámbito de aplicación subjetivo de esa misma ley, señalando: “Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y *los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades”.

122 Esta norma dispone que: “Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa (...). El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular (...). Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4° de este Título, en su caso”. Las disposiciones de este Título en la Ley N° 18.575 fueron introducidas por la Ley N° 19.653 de 1999, sobre probidad administrativa.

La generalidad de las normas que regulan el principio de probidad de la función pública se aplica con independencia del régimen estatutario que la ley fije a cada órgano. Ello es particularmente relevante cuando se trata de personal contratado bajo el régimen del Código del Trabajo. La Contraloría ha dictaminado al efecto que, en la medida que un organismo ejerza funciones públicas, sus trabajadores están sometidos a las respectivas normas de probidad¹²³.

Algunas de las leyes que crean órganos con un importante grado de autonomía hacen expresa remisión a las reglas de *probidad o responsabilidad de los funcionarios*. Tales son, por ejemplo, los casos del INDH y del CPLT.

123 Dictámenes 1.291 de 2013 y 40.405 de 2011. En este último dictamen se afirmó que “al discutirse las mociones parlamentarias que originaron el precepto aludido [art.8 inc. 1° de la Constitución, que establece el principio de probidad], se dejó expresa constancia que desempeña ‘funciones públicas’ cualquier persona que cumple una actividad pública en procura del interés general, por lo que tales expresiones no se reducen únicamente a quienes revisten la calidad de empleados públicos sometidos al Estatuto Administrativo”.

IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- a) La figura del Ombudsman históricamente surge como una garantía institucional frente a la administración, para que su actividad se desarrolle con pleno respeto de los derechos de las personas. Se erige como una magistratura de opinión y persuasión, complementaria de los controles clásicos que recaen sobre la administración, circunstancia que determina el tipo de atribuciones que se le otorgan.
- b) De la mano del proceso de especialización que ha operado en el derecho internacional de los derechos humanos y de la dictación de la CDN, rápidamente se ha transitado de este modelo de defensa de los derechos de las personas en general, a la creación de instituciones especializadas en la promoción y protección de los derechos de los NNA. Si bien los diseños institucionales en la materia son variados, de su revisión se pueden extraer ciertas características generales.
- c) La instauración de defensorías especializadas en materia de infancia en Chile se inscribe en un movimiento más general de creación de instituciones autónomas de defensa de los derechos humanos, el que data de la década de los noventa. En este contexto, además de la defensoría de la infancia, se cuenta la figura del Ombudsman general y el INDH. Sólo esta última iniciativa ha logrado transformarse en ley. Eso da cuenta de los desafíos y resistencias que plantea un organismo de esta naturaleza, inédito en Chile.
- d) La configuración del Defensor de la Infancia en la Constitución otorga una mayor estabilidad a la institución, aunque ello no resulta indispensable para garantizar un grado importante de autonomía, según se observa de la regulación y práctica de instituciones como el CPLT o el INDH. Junto con esto, la determinación del Defensor de la Infancia en la Constitución requiere altos quórum de aprobación y puede ralentizar el proceso de consagración de esta institución, pues requiere la ulterior dictación de una ley que la desarrolle.
- e) Por tanto, parece adecuado enmarcar la creación del Defensor de la Infancia al interior de la futura *ley de garantías a los derechos de los NNA*. Dicha ley debiera indicar, con claridad, la naturaleza, funciones y competencias fundamentales de la Defensoría de la Infancia, así como garantizar su financiamiento prioritario (en base al principio del interés superior del niño). Los demás aspectos orgánicos y funcionales del Defensor de la Infancia pueden ser complementados a través de un decreto con fuerza de ley.

- f) Respecto de sus funciones y atribuciones fundamentales, el Defensor de la Infancia debiera tener un mandato amplio en materia de derechos humanos y derechos de la infancia, con competencia para tramitar denuncias individuales y colectivas respecto de órganos públicos e instituciones privadas, formular recomendaciones, elaborar estudios orientados a promover el conocimiento de los derechos de los NNA y de la vulneración de los mismos, participar activamente en los procesos de elaboración de las políticas y la legislación de infancia y promover cambios en esas materias. Estas funciones y atribuciones debieran estar claramente precisadas en la futura ley de garantías a los derechos de los NNA.
- g) Para garantizar la autonomía del Defensor de la Infancia, debe prestarse particular atención a: (i) la naturaleza jurídica de la institución; (ii) los mecanismos de nombramiento y remoción del titular del cargo; (iii) la duración del mandato; (iv) los requisitos de elegibilidad del titular; (v) el régimen de incompatibilidades; (vi) la posibilidad de dictar su normativa de funcionamiento interno y (vii) el estatuto de los trabajadores. Todos estos aspectos debieran también estar debidamente precisados en la futura *ley de garantías a los derechos de los NNA*.
- h) Las objeciones constitucionales que se pudieran formular a la autonomía reforzada (por limitarse las facultades de administración del Presidente, en conformidad con el art. 24 de la Constitución), no han tenido un mayor eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y no parecen justificarse atendido el tipo de atribuciones que se le conferirían a esta institución.
- i) La autonomía presupuestaria es un elemento muy relevante en la configuración de los organismos autónomos. Sin embargo, es difícil justificar en este caso la alteración de la regla general que rige el sector público, conforme a la cual el legislador presupuestario determina anualmente el presupuesto de cada institución. Para intentar evitar que el presupuesto del Defensor de la Infancia se vea afectado por los ajustes de la economía, se debiera establecer en la futura ley de garantías que crea al Defensor de la Infancia, una regla que dé algún tipo de prioridad al presupuesto de esta institución, de modo de obligar al Gobierno a justificar una eventual reducción respecto del presupuesto del año anterior.
- j) Para preservar el carácter de magistratura de persuasión que tradicionalmente se le reconoce a los Ombudsmen y evitar conflictos de competencia con otras instituciones del ordenamiento (tribunales de justicia, Contraloría o superintendencias), el Defensor de la Infancia no debiera tener atribuidas potestades ejecutivas (sancionatorias, anulatorias, etc.) y debiera estar dotado de suficientes poderes de influencia (recopilación y difusión de información, recomendación asesoría y opinión).

- k) Por regla general, salvo las excepciones expresamente establecidas, se debiera aplicar al Ombudsman de la Infancia el régimen público general establecido para los órganos de la administración del Estado. Esta regla general, en todo caso, debiera ser morigerada respecto del control ejercido por la Contraloría General de la República y en lo referido a la aplicación del Título II de la Ley de Bases Generales de la Administración.

