

Oficio N°147-2016

INFORME PROYECTO DE LEY 38-2016

Antecedente: Boletín Nº 10.584-07.

Santiago, 11 de octubre de 2016.

Mediante oficio N° 72/ENA/2016, recibido con fecha 6 de septiembre último, el Presidente de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes del Senado, Sr. Patricio Walker Prieto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos 2° y siguientes de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley -iniciado por mensaje- que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, correspondiente al Boletín N° 10.584-07.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 7 de octubre del actual, presidida por el subrogante Milton Juica Arancibia y con la asistencia de los ministros señores Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar y Ricardo Blanco Herrera, señora Andrea Muñoz Sánchez y señores Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE

PATRICIO WALKER PRIETO

COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY

RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

H. SENADO

VALPARAÍSO



"Santiago, siete de octubre de dos mil dieciséis.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio 72/ENA/2016, recibido con fecha 6 de septiembre último, el Presidente de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes del Senado, Sr. Patricio Walker Prieto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos 2° y siguientes de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley -iniciado por mensaje- que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10.584-07);

Segundo: Que la iniciativa legal ingresó a tramitación legislativa en el Senado el 22 de marzo del año en curso, derivándose con igual fecha a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y a la de Hacienda. Sin embargo, con fecha 21 de junio pasado, la Sala acordó que el proyecto fuera informado por la Comisión encargada de tramitar proyectos relacionados con los niños, niñas y adolescentes.

Cabe hacer presente que, actualmente, se tramita en el Congreso el proyecto de ley –iniciado por mensaje- que establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín 10.315-18)¹, el cual tiene por objeto establecer un sistema de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de las niñas, niños y adolescentes. Tal como se menciona en el mensaje del referido proyecto, se trata de una ley marco que "permitirá el desarrollo futuro de distintos cuerpos normativos en cuya elaboración se trabaja actualmente, y que tendrá por objeto complementar la institucionalidad y poner en ejecución sus postulados". Dicho proyecto de ley fue informado por la Corte Suprema, a través de oficio de N° 123-2015, de 17 de noviembre de 2015.

En este contexto, y como parte de la nueva institucionalidad del sistema de garantías, junto con el proyecto que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, se tramita en el Congreso la iniciativa legal que crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N°20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica². Dicho proyecto tiene por objeto velar por los

¹ El proyecto de ley que establece el Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez, ingresó a tramitación legislativa el 24 de septiembre de 2015.

² Proyecto de ley ingresado con fecha 29 de septiembre de 2015 y se encuentra en su primer trámite constitucional en el Senado (Boletín 10.314-06).



derechos de los niños, con el fin de promover y proteger su ejercicio, entregando nuevas funciones al Ministerio de Desarrollo Social. Además de la Subsecretaría, se dispone la creación de dos nuevos órganos de participación social: el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y el Consejo Nacional de los Niños;

Tercero: Que la Defensoría de la Niñez ha sido objeto de diversas iniciativas parlamentarias que proponen su creación por vía constitucional³.

De acuerdo con el Mensaje, la Defensoría de la Niñez se crea como corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 1°), cuyo objetivo es "la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños y niñas que se encuentren en el territorio nacional, reconocidos en la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en la legislación nacional, velando por su interés superior, respecto de los órganos estatales y privados que tengan por finalidad principal la promoción o protección de tales derechos".

Tal como se menciona en los fundamentos del proyecto, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado al Estado chileno la creación de un mecanismo independiente y eficaz que vigile la aplicación de la Convención⁴. En efecto, a través de la Observación N° 2, de 15 de noviembre de 2002, la Comisión recomienda que las instituciones nacionales se establezcan de conformidad a los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos⁵, los cuales

³ Al efecto, se pueden mencionar:

a. Proyecto de reforma constitucional, iniciado por moción, que asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concede acción de protección y crea la Defensoría de la Niñez y Adolescencia (Boletín 9.153-07), iniciativa ingresada a tramitación el 5 de noviembre de 2013 y se encuentra en su primer trámite constitucional en el Senado.

b. Proyecto de reforma constitucional, iniciado por moción, que crea la institución autónoma del Defensor de los Niños y Adolescentes (Boletín 8.509-07), iniciativa ingresada a tramitación legislativa el 8 de agosto de 2012 y fue archivado.

c. Proyecto de reforma constitucional, que crea la Defensoría de la Infancia (Boletín 8.489-07), iniciativa ingresada a tramitación el 7 de agosto de 2012 y se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

d. Proyecto de reforma constitucional, que crea la Defensoría de la infancia (Boletín 3.500-07), iniciativa ingresada a tramitación legislativa el 7 de agosto de 2012, y se encuentra archivado.

⁴ Observación del Comité sobre los derechos del niño a Chile, en el año 2002, considerando N° 13, en el año 2007, considerando N° 15, y en el año 2014, Recomendación N° 19.

⁵ Principios de París, aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1993.



brindan orientación sobre la naturaleza, alcances y líneas de acción que el Sistema de Naciones Unidas recomienda a los Estados. Según lo expresado en los fundamentos de la iniciativa, ésta "se inspira precisamente en dichos principios". Por lo tanto, la Defensoría de los Derechos de la Infancia, se erige como una institución que "además de formar parte del sistema de garantías de derechos de la niñez, debe constituirse como un observador de las instituciones públicas y de aquéllas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños o niñas, autónomo, que vele por su actuar respetuoso de estos derechos";

Cuarto: Que a nivel comparado, se mencionan diversos países⁶ que han incorporado en su legislación interna instituciones para la protección, promoción y defensa de los derechos de los niños y niñas. En algunos, "se crean defensores de la niñez como instituciones totalmente autónomas. En otros, estos defensores son parte de una institución más amplia, tales como los Ombudsperson o los Institutos Nacionales de Derechos Humanos".

De estos dos modelos que existen en el Derecho comparado, se ha optado por el primero de ellos, es decir, una institución especializada de carácter autónomo, pues éste incorpora "el carácter prioritario del interés superior del niño, otorgándole protagonismo y visibilidad a una temática que tiende a diluirse frente a la amplitud de problemáticas que se generan en materia de derechos humanos".

Propone la iniciativa que dicha institución actúe de forma coordinada con el Instituto Nacional de Derechos Humanos y los demás órganos de protección de derechos humanos, de manera que sus competencias y atribuciones se aúnen para asegurar la protección y promoción de los derechos humanos. Esta forma de funcionar sería, según el Mensaje, la recomendada por los estándares internacionales cada vez que existan múltiples instituciones nacionales de derechos humanos⁸;

Quinto: Que la estructura de la iniciativa se compone de tres Títulos: "Objeto y funciones", "Organización" y "Personal y patrimonio", además de dos disposiciones transitorias.

⁶ Noruega, Australia, Finlandia, Reino Unido, Suecia, Dinamarca, Islandia, Bélgica, Austria, Francia, Israel, Nueva Zelanda, Argentina, Costa Rica y Colombia.

Mensaje, proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, Boletín 10584-07
 Mensaje, proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, Boletín 10584-07



En el Título I, Párrafo 1° se define la Defensoría de los Derechos de la Niñez como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños y niñas que se encuentren dentro del territorio de la República, reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como en la legislación nacional, velando por su interés superior, respecto de los órganos del Estado y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños y niñas.

El Párrafo II del mismo título, referido a las funciones y atribuciones, contiene en su artículo 4° un catálogo pormenorizado de las funciones que corresponderán a la Defensoría e incluye además otras normas relativas a los principios que deben regir su actuación.

El Título II, referido a la organización, se compone de tres Párrafos: el primero trata la organización interna de la Defensoría (artículo 9°), el segundo regula la figura del Defensor (artículos 10 a 16) y el tercero reglamenta el Consejo Consultivo (artículo 17).

Respecto del Defensor de la Niñez, se proyecta que éste sea Director y representante legal de la Defensoría, debiendo dirigirla y administrarla, con todas las atribuciones entregadas a la Defensoría de la Niñez (artículo 10). En cuanto al proceso de nombramiento, se establece que el Defensor será designado por acuerdo del Senado, adoptado por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, a partir de una propuesta del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, previo concurso público (artículo 10), y se fijan los requisitos para acceder al cargo (artículo 11). El proyecto contempla además las incompatibilidades para ejercer el cargo de Defensor (artículo 12), establece un mecanismo para su remoción (artículo 13) y se determinan sus atribuciones (artículo 14), detallándose aquéllas de intervención en procedimientos judiciales o administrativos (artículo 16). Asimismo, se establece el deber del Defensor de presentar un informe anual -con las materias que se mencionan expresamente-, al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema (artículo 15).

El Párrafo 3° del Título II crea el Consejo Consultivo, órgano colegiado asesor del Defensor, que se conformará con representantes de la sociedad civil,



de organizaciones de niños y niñas y de las Universidades reconocidas por el Estado y acreditadas. El Consejo debe asesorar al Defensor en todas aquellas cuestiones de su competencia que requieran del pronunciamiento de la sociedad civil para su adecuada resolución. Además, recibirá y canalizará las opiniones y las propuestas de la sociedad civil en torno a la Defensoría y su rol, dentro del ámbito de sus competencias. En cuanto a los mecanismos y formas en que el Consejo prestará su asesoría al Defensor, el proyecto entrega a los estatutos de la Defensoría su regulación. Por último, se establece que los consejeros serán ad-honorem.

En el Título III, referido al personal y patrimonio, se establece que las personas que presten servicios para la Defensoría se regirán por el Código del Trabajo. Con todo, serán aplicables a este personal las normas de probidad contenidas en la ley N° 20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses y las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Entre otras cuestiones de naturaleza administrativa, se contempla que la Defensoría estará sometida 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 y, que las resoluciones del Defensor de la Niñez estarán exentas del trámite de toma de razón.

En lo que concierne al patrimonio de la Defensoría, se establece que estará formado por los aportes que anualmente le destine la Ley de Presupuestos del Sector Público; los bienes muebles e inmuebles que se transfieran a la Defensoría o que ésta adquiera a cualquier título, y los frutos de dichos bienes; las asignaciones, donaciones, herencias o legados que le hagan y los aportes de la cooperación internacional que reciba a cualquier título para el cumplimiento de sus objetivos;

Sexto: Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la Republica, el presente informe abordará fundamentalmente al análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 2°, 3°, 4° y 13° del proyecto. Los dos primeros definen la naturaleza jurídica de la Defensoría de los derechos de la Niñez, concebida como una corporación autónoma de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es la difusión, promoción y protección de los derechos de la infancia. El artículo 4°contiene la descripción de las funciones y atribuciones de la nueva



institución y el artículo 13 entrega a la Corte Suprema la competencia para resolver sobre la remoción del Defensor;

Séptimo: Que, como primera observación, cabe advertir que siendo el objeto de la Defensoría de los Derechos de la Niñez la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el proyecto de ley, en su artículo 2°, limita dicha protección sólo a los niños y niñas que se encuentren en el territorio de la República, sin considerar que la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el año 1990, establece en su artículo 2.1 que los Estados Partes deben respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción9. Similar observación mereció el proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez informado por esta Corte Suprema, mediante oficio N° 123-2015 de 17 de noviembre de 2015 (Boletín 10.315-18), en el que se señaló que "para adecuarse a la Convención sobre los Derechos del Niño la aplicación de la ley de garantías debe proceder no sólo respecto de los niños y niñas que se encuentren en el territorio de la República de Chile, sino que también respecto de aquellos niños y niñas sujetos a la jurisdicción del Estado de Chile"10.

Al igual que en el proyecto indicado, se utilizan las expresiones niños y niñas e incluso, sólo la voz "niño" para referirse a niños, niñas y adolescentes, por lo que cabe reiterar lo expresado en el aludido informe N°123-2015, en que se sugirió utilizar en la redacción un lenguaje inclusivo, lo que es relevante en una normativa que precisamente pretende efectivizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes sin exclusión formal ni sustantiva¹¹;

Octavo: Que en lo referente a la autonomía de la institución, el artículo 1° del proyecto de ley dispone perentoriamente que la Defensoría se constituirá como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. La autonomía de la institución aparece reforzada en el artículo 3° inciso primero, al indicar que la Defensoría desempeñará sus funciones con independencia de las instituciones públicas. Sin embargo, el inciso segundo del

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado de Chile en el año 1990 y vigente desde el 27 de septiembre de mismo año.

¹⁰ Oficio N° 123-2015, de 17 de noviembre de 2015, considerando Decimoctavo.

¹¹ Oficio N° 123-2015, de 17 de noviembre de 2015, considerando Séptimo.



mencionado artículo impone a dicho organismo actuar de manera "coordinada" con otros órganos del Estado vinculados a la promoción y protección de los derechos humanos, tales como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y demás instituciones que se establezcan en el futuro;

Noveno: Que conviene hacer presente que sobre esta materia revisten especial importancia los Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, también denominado Principios de París¹², así como la Observación N° 2 del Comité de los Derechos del Niño y lo expresado por el Comité de Derechos del Niño en las Conclusiones Finales del Cuarto Informe periódico del año 2015.

El primero de ellos se refiere, entre otros temas, a la composición y garantías de independencia y pluralismo, señalando, en primer lugar, que la composición de la institución y nombramiento de sus miembros deberá ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos. En segundo lugar, la institución debe disponer de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de fondos suficientes, los que deben destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de que la institución sea autónoma respecto del gobierno y no esté sujeta a un control financiero que pueda afectar su independencia. En tercer lugar, para garantizar una verdadera independencia, es necesario dotar de estabilidad el mandato de los miembros de la institución nacional y un nombramiento que se efectúe mediante acto oficial en el que se señale un plazo determinado de duración del mandato, que se puede prorrogar bajo reserva de que se siga garantizando el pluralismo de la institución.

Por su parte, la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño, efectúa una serie de recomendaciones a los Estados miembros para la creación de instituciones independientes, encargadas de promover y proteger los derechos del niño, haciendo recomendaciones específicas relativas a los procesos de establecimiento de dichas instituciones a fin de garantizar su independencia y funcionamiento eficaz¹³.

¹² 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.

13 Observación General Nº 2 del Comité de los Derechos del Niño, 2002.



Por último, el Comité recomienda a Chile, en las Conclusiones Finales relativas al Cuarto Informe periódico del año 2015, sobre el papel de las instituciones independientes de derechos humanos, "asegurar la independencia del mecanismo de supervisión, incluyendo lo que respecta a su financiación, el mandato y las inmunidades, a fin de garantizar el pleno cumplimiento de los Principios de París." 14;

Décimo: Que las recomendaciones anteriores se ven reflejadas en la redacción amplia de la norma que establece la autonomía funcional de la Defensoría (artículo 3°, inciso primero), pero a partir del deber de actuación coordinada con otras instituciones (artículo 3°, inciso segundo), se advierte una posible afectación a la esperada autonomía institucional, toda vez que la exigencia de coordinación podría ralentizar las actuaciones que el organismo deba realizar conforme a las funciones y atribuciones que le asigna la ley. En definitiva, parece conveniente revisar el uso del verbo coordinar o, en su defecto, aclarar que esta actuación conjunta o colaborativa no puede admitir afectaciones a la autonomía que el propio proyecto establece como característica de la Defensoría de la Niñez, y que es condición imprescindible para el cumplimiento de sus fines;

Undécimo: Que el artículo 4° del proyecto contiene un catálogo abordado en 15 apartados, del literal a) al o). Entre ellos se destacan los siguientes:

- Difundir, promover y defender los derechos de los niños y niñas (letra a);
- Derivar al órgano competente, cuando corresponda, aquellas peticiones que reciba sobre asuntos que se le formulen, dentro del ámbito de sus competencias, pudiendo realizar recomendaciones específicas sobre las materias planteadas (letra b);
- Intermediar o servir de facilitador entre los niños y niñas y los órganos de la Administración del Estado o aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños y niñas, cuando haya tomado conocimiento, de oficio o a petición de parte, de actos u omisiones que pudieren vulnerar los derechos de niños y niñas (letra c).
- Observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la Administración del Estado o aquellas personas jurídicas de derecho

¹⁴ Conclusiones Finales del Comité de Derechos del Niño, relativas al Cuarto Informe periódico del año 2015, Observación general Nº 2 (2002), letra b).



privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de los derechos de los niños o niñas (letra d).

- Requerir antecedentes o informes a los órganos de la Administración del Estado y/o aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de los derechos de los niños y niñas, cuando, dentro del ámbito de sus competencias, tome conocimiento de posibles vulneraciones a los derechos de niños y niñas por actos u omisiones de las entidades (letra e);
- Denunciar vulneraciones a los derechos de los niños y niñas ante el órgano administrativo o judicial competente (letra g);
- Actuar como amicus curiae ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia, sin que ello confiera a la Defensoría la calidad de parte ni suspenda o altere la tramitación del procedimiento (letra h);
- Visitar los centros de privación de libertad, centros residenciales de protección y cualquier lugar en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos por parte del Estado (letra k);

Queda así en evidencia que la iniciativa legal recoge algunas de las funciones y atribuciones que el Comité de los Derechos Niño recomienda a los Estados Partes, a través de la Observación N° 2 (2002) 15;

Duodécimo: Que la primera de las funciones que se asigna a la Defensoría es la de difusión, promoción y defensa de los derechos de que son

¹⁵ La Observación N° 2 (2002), punto 19, Comité de los Derechos del Niño, enumera las siguientes actividades: Realizar investigaciones sobre cualquier situación de violación de los derechos del niño, ya sea por denuncia o por propia iniciativa, en el ámbito de su mandato; llevar a cabo indagaciones sobre asuntos relativos a los derechos del niño; preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes, ya sea a petición de las autoridades nacionales o por propia iniciativa, sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño; mantener en examen la adecuación y eficacia de la ley y la práctica en relación con la protección de os derechos del niño; examinar la manera como el Gobierno aplica la Convención y vigila la situación de los derechos del niño e informar al respecto, procurando lograr que las estadísticas estén debidamente desglosadas 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; fomentar la adhesión a todo instrumento internacional de derechos humanos pertinente o su ratificación; emprender procedimientos judiciales para reivindicar los derechos del niño en el Estado o brindar a los niños asistencia jurídica; entablar, cuando proceda, procesos de mediación o conciliación antes de que se recurra a una acción judicial; facilitar a los tribunales sus conocimientos especializados sobre los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de amicus curiae o parte interviniente; entre otras.



titulares los niños, niñas y adolescentes (artículo 4°, letra a). Sin embargo, el último aspecto de esta función -la de defensa de derechos- se enuncia sin precisar el alcance de la misma, lo que puede generar dudas acerca de si el Defensor podría ejercer acciones –judiciales o administrativas- en defensa de niños, niñas o adolescentes, o bien asumir la representación judicial de los mismos a través de acciones específicas, independientemente de la hipótesis excepcional de deducir la querella reglada en el artículo 16, inciso final¹⁶. Por consiguiente, sería conveniente revisar la terminología empleada, para mayor claridad de las funciones de la institución o de quienes aplicarán esa disposición.

En todo caso, en relación a la representación judicial de los niños, niñas y adolescentes, UNICEF ha señalado 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 (....). 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 implicaría, 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"17;

Decimotercero: Que la letra c) del artículo 4° del proyecto, incorpora una atribución de intermediar o servir de facilitador que se aleja del rol de opinión,

¹⁶ Artículo 16 inciso final del proyecto de ley: "Excepcionalmente el Defensor podrá, en causas que produzcan alarma pública y exijan pronta solución por su gravedad y relevancia para los derechos de los niños y niñas, deducir querellas, siempre que se trate de aquellos delitos tipificados en el artículo 142 y en los párrafos 5° y 6° del Título VII, y 1°, 2° y 3° del Título VIII, todos del Libro Segundo del Código Penal".

¹⁷ UNICEF. "Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile", 2015, pág. 45.



persuasión e influencia que tradicionalmente se le asigna a las instituciones especializadas y autónomas de promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, en el Mensaje del proyecto de ley, se señala que "estas instituciones nacen como una magistratura de influencia o de persuasión complementaria a los controles clásicos que recaen sobre la administración, circunstancia que determina el tipo de atribuciones que se le otorgan. Se trata de un órgano revestido de auctoritas y no de potestas, es decir, la incidencia y la eficacia de sus recomendaciones derivan de la objetividad e independencia con que desarrolle sus actuaciones.

No obstante lo anunciado en el mensaje, el proyecto no precisa el alcance de la atribución de intermediar o servir de facilitador, ni el procedimiento para llevar a cabo la intermediación, proceso que, en todo caso, debe respetar el derecho de todo niño, niña o adolescente de ser oído.

Ahora bien, para determinar el alcance de la función, se debe considerar además la atribución prevista en la letra g) del mencionado artículo 4°, que dispone que la Defensoría, frente a la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debe denunciarla ante el órgano administrativo o judicial competente, de donde se desprende que la intermediación o facilitación operaría a nivel preventivo, ex ante, activándose cuando la Defensoría tome conocimiento de actos u omisiones que pudieran vulnerar derechos, mientras que la función de denuncia atañe a las vulneraciones de derechos ya producidas, ex post. De todas maneras, desde una perspectiva de articulación práctica de las funciones en comentario, surge la duda acerca de si antes de efectuar la denuncia la Defensoría debiera intentar una intermediación entre las partes, representando en este caso, los intereses de los niños, niñas y adolescentes y, sólo si la instancia de intermediación fracasa, formalizar la denuncia, remitiendo los antecedentes que la funden.

Respecto de la función de denuncia de la referida letra g), cabe recordar que el proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín 10.315-18), establece competencia para el Ministerio de Desarrollo Social para adoptar las medidas de protección en caso de privación o limitación en el ejercicio de los derechos que el proyecto garantiza, a través de un procedimiento administrativo que regula. Así, las atribuciones señaladas a la Defensoría de los Derechos de la Niñez, en el artículo 4°, letras c) y g) del proyecto de ley en comento, debieran ir en armonía con las normas relativas a la



protección administrativa que prevé el proyecto de Garantías antes aludido, sin perjuicio de las observaciones formuladas por esta Corte Suprema a la última iniciativa en el respectivo informe en que emitió su parecer. 18.

La letra d) del referido artículo 4° establece la atribución de la Defensoría de observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la Administración del Estado o aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto "primordial" la promoción o protección de derechos de niños o niñas. Como puede advertirse se alude únicamente a las instituciones privadas que tienen por objeto principal promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que se sugiere incorporar a todas aquellas personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto sea la promoción o protección de los derechos del niño, independientemente, de si este objetivo es el primordial. Además, cabe advertir que el proyecto no especifica la forma ni oportunidad en que la Defensoría ejercerá dicha atribución, ni establece la obligatoriedad de los órganos allí aludidos de facilitar su ejercicio;

Decimocuarto: Que vinculado con la atribución anterior, el proyecto de ley, en la letra e) del artículo 4°, establece que la institución podrá requerir antecedentes o informes a los mismos órganos mencionados anteriormente, cuando la Defensoría, dentro del ámbito de sus competencias, tome conocimiento, de oficio o a petición de parte, de posibles vulneraciones a los derechos de niños y niñas por actos u omisiones de las entidades allí referidas. Al respecto, resulta pertinente reiterar la necesidad de establecer en la norma legal, la correspondiente obligación de las entidades públicas y privadas mencionadas de entregar los antecedentes e informes requeridos por la Defensoría a fin de que adopten las medidas necesarias;

Decimoquinto: Que la atribución de actuar como amicus curiae aparece contemplada en la letra h) del artículo 4°, que establece que esa calidad, la

¹⁸ En particular, en materia de protección administrativa, el máximo tribunal, señaló que "De esta manera, la propuesta legislativa reduce las atribuciones de los tribunales con competencia en materia de familia, entregando al Ministerio de Desarrollo Social —en realidad a través de un Servicio dependiente de esta cartera cuya existencia constaría en otra iniciativa legal- la competencia para adoptar las medidas de protección adecuadas para los casos en que un niño, niña o adolescente sea privado o limitado en el ejercicio de sus derechos. Así, se entrega a los tribunales el conocimiento de aquellas medidas en que, como última ratio, impliquen separar al niño de su familia, siempre a petición del órgano administrativo competente; también se contempla su intervención cuando la medida impetrada por el órgano administrativo requiera imposición coactiva; y finalmente lo designa como el tribunal que debe conocer de la acción de reclamación que interponga el afectado por la medida adoptada cuando lo considere ilegal". Oficio N° 123-2015, de 17 de noviembre de 2015, proyecto de ley que establece el Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez (Boletín 10.315-18), considerando Noveno.



Defensoría puede realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia. Ciertamente, en materia de infancia, y en atención a la necesidad de que el tribunal cuente con las herramientas y conocimientos especializados sobre los derechos del niño, niña y adolescentes, parece aconsejable contar con la institución del *amicus curiae*, como recomienda el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 2 (2002), punto 19, letra r). Sin embargo, sería conveniente incorporar una norma semejante a la contenida en el artículo 19 de la Ley 20.600, que al regular la institución del *amicus curiae* respecto de los tribunales ambientales impone al juez la obligación de hacerse cargo en la sentencia definitiva de la opinión vertida por el Defensor, con el objeto de evitar que se transforme en un trámite meramente formal y carente de utilidad deliberativa de cara a la solución del caso.

Por otra parte, se advierte que el proyecto de ley en el artículo 16 inciso final, faculta al Defensor a presentar querellas en causas que produzcan alarma pública y exijan pronta solución por su gravedad y relevancia para los derechos de los niños y niñas, siempre que se trate de los delitos allí indicados. Respecto de estas causas, surge la interrogante acerca de si el Defensor puede actuar en calidad de querellante y, al mismo tiempo, de *amicus curiae*, en los términos del artículo 4°, letra h), situación que es necesario aclarar a fin de evitar la duplicidad de roles del Defensor en esta materia, más todavía si el legislador opta por entregar efectos vinculantes al informe del Defensor, como acurre en materia medioambiental, donde se obliga al tribunal considerar la opinión del experto en la sentencia definitiva;

Decimosexto: Que la letra k) del artículo 4° del proyecto establece como función de la Defensoría de la Niñez "Visitar los centros de privación de libertad, centros residenciales de protección y cualquier lugar en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos por parte del Estado, sin perjuicio de las facultades de los demás organismos públicos competentes en la materia, con los que deberá actuar coordinadamente". No se advierte reparo de esta potestad entregada al Defensor de la Niñez pues resulta coherente con las finalidades de protección que su objeto central consigna, sin perjuicio de otras instancias de visita aplicables en materia penal y de familia cuya actuación coordinada contribuirá a otorgar la debida protección a la infancia y adolescencia;



Decimoséptimo: Que sin perjuicio de lo señalado en otros apartados de este informe, cabe señalar que el proyecto regula tres niveles de actuación de la Defensoría en los procesos judiciales: uno de carácter persuasivo, que dice relación con la posibilidad de entregar su opinión especializada en las causas judiciales de materias relativas a su competencia, mediante comentarios, observaciones y sugerencias introducidas a través de la figura del *amicus curiae* (letra h del artículo 4°); otro de orden comunicativo, para denunciar vulneraciones de derechos de los niños, niñas o adolescentes (letra g del artículo 4°) y, de manera imperativa, como un deber especial del cargo de Defensor, para denunciar cualquier crimen o simple delito del que tome conocimiento en el ejercicio de sus funciones (artículo 16, inciso segundo); y un último de legitimación activa, para interponer querellas en causas que produzcan alarma pública y exijan pronta solución por su gravedad y relevancia para los derechos de los niños y niñas, siempre que se trate de ciertos delitos (artículo 16, inciso final).

La articulación en el proyecto de estas funciones, permite prever la posibilidad que en un mismo caso la Defensoría actúe en estos tres niveles, que denuncie una vulneración (a lo que habría que agregar, eventualmente, una etapa previa de intermediación o facilitación), se querelle cuando ella constituya crimen o simple delito, e intervenga como *amicus curiae*. Para realizar todas estas atribuciones deberá actuar el Defensor, pues en él recae el ejercicio efectivo de las funciones de la defensoría y ostenta su representación judicial y extrajudicial (letras b y c del artículo 14), sin perjuicio de que pueda delegarlas dentro de la institución, parcial y específicamente (letra d del artículo 14).

Con todo, la convivencia de estas funciones depositadas en el Defensor no parece especialmente problemática en la medida en que se identifique correctamente la calidad en virtud de la cual se realiza la actuación respectiva, de manera que no induzca a error en los operadores jurídicos (v.gr. exigir patrocinio y poder al Defensor para presentar una opinión como *amicus curiae*);

Decimoctavo: Que de conformidad con el artículo 13 del proyecto, se entrega a la Corte Suprema la competencia para resolver la remoción del Defensor, inserta en un mecanismo que operaría en virtud de su inhabilidad sobreviniente, por la concurrencia de alguna de las causales contenidas en los números 1°, 5°, 6°, 7° u 8° del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales, o por negligencia manifiesta e inexcusable en el ejercicio de sus funciones, y que



se iniciaría a requerimiento del Senado mediante acuerdo adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio. Se propone que la Corte Suprema conozca del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y, para acordar la remoción, deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

En esta materia, con el objeto de reforzar la autonomía de la Institución, UNICEF recomendó que la remoción del Defensor "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"¹⁹.

Estos ordenamientos internos -que contemplan la intervención del máximo tribunal en materia de remoción- son las leyes N° 20.285, sobre acceso a la información pública, y N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, que contemplan normas idénticas a la que pretende el proyecto de ley que se analiza (Así, por ejemplo, el artículo 38° de la Ley sobre Acceso a la Información Pública: "Los consejeros serán removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de diez diputados. por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte Suprema conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio. Mientras tanto, el artículo 7° de la Ley N° 20.405, establece que: "Los consejeros sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República o de la Cámara de Diputados, por incapacidad sobreviniente declarada judicialmente, por alguna de las causales contenidas en los números 1°, 5°, 6°, 7° u 8° del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales, o negligencia manifiesta e inexcusable en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio").

Sin perjuicio, en el diseño del procedimiento de remoción propuesto se extrañan elementos del debido proceso, tales como la posibilidad de oír al

¹⁹ UNICEF: "Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile", pág. 38.



Defensor dentro de un plazo razonable o de admitir actividad probatoria que permita demostrar la efectividad de los supuestos de hecho en que se fundan las causales de remoción;

Decimonoveno: Que por último, cabe hacer notar que la remisión que el inciso final del artículo 13 hace al "inciso anterior", es errónea, toda vez que es el inciso segundo del mismo artículo el que se refiere al nombramiento de un nuevo defensor, que debe tener lugar en caso de declaración de vacancia por muerte o renuncia y que sería también aplicable al caso de remoción.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expresados el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

Hugo Dolmestch Urra
Presidente

Ofíciese.

PL 38-2016".

Saluda atentamente a V.S.

Jorge/Sáez Martin

Secretario