

PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Boletín 10.584-07

OBJETIVO	Crear la Defensoría de los Derechos de la Niñez, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad sea la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas, a fin de que su rol de persuasión sea fundamental para cumplir con los objetivos del sistema de garantías de tales derechos, velando siempre por el interés superior del niño.
TRAMITACIÓN	COMISIÓN MIXTA, SENADO
ORIGEN DE LA INICIATIVA	Mensaje
NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL	Inciso 2° del artículo 8° es de quórum calificado (normas que fijan la reserva de los actos y resoluciones de la Defensoría de la Niñez), inciso primero del artículo 13, reviste el carácter de orgánico constitucional (atribuye a la Corte Suprema el conocimiento del procedimiento de remoción del Defensor de la Niñez) y los incisos 2° y 3° del artículo 19 tienen el carácter de orgánicos constitucionales (se relacionan directamente con las funciones y atribuciones de la Contraloría General de la República).
URGENCIA	Suma urgencia
COMISIÓN	Comisión Mixta
SUGERENCIA DE VOTACIÓN	Aprobar

IDEAS CENTRALES

I. OBJETO DEL PROYECTO

La figura se crea como un órgano de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. De acuerdo al Mensaje, esta autonomía se justifica en los estándares que la comunidad internacional ha establecido respecto de esta figura, en los que resalta la importancia de la

existencia de la figura del Defensor del Niño, dotada de independencia, sin excepción, incluyéndose en ello su funcionamiento, financiamiento, sistema de nombramiento y remoción, funciones y potestades, entre otros factores.

Como indica el Mensaje, “en el derecho comparado, las Defensorías se definen como magistraturas de opinión y persuasión, es decir, su actividad es de influencia y de apoyo a los niños y niñas, por lo que carecen de competencias de control vinculante, como las de aquellos órganos que ejercen jurisdicción.

Sin embargo, explica, sus funciones no son meramente simbólicas o sin efecto jurídico alguno. En efecto, dado su rol en el marco de un sistema de garantías de los derechos de la niñez, sus preguntas deben ser absueltas y sus solicitudes tomadas en cuenta por aquellas instituciones públicas o privadas interpeladas por el Defensor.

De ese modo, se destaca que el objeto de la Defensoría será la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas. Por tanto, su rol será esencial para cumplir con la finalidad del sistema de garantías de derechos de la niñez, debiendo ser dicha labor efectuada velando siempre por el interés superior del niño.”

Así, el **artículo 2° del proyecto** establece que la Defensoría tendrá por objeto *“la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, velando por su interés superior, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, respecto de toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera, que pudiere afectar los derechos de los niños, así como de organizaciones y grupos pertinentes.*

La Defensoría de la Niñez velará especialmente por proteger, promover y difundir los derechos de los niños migrantes y de los que pertenecen a los Pueblos Indígenas en el territorio de Chile. Para estos efectos, deberá elaborar y sugerir medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos.”.

II. PRINCIPALES FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA DEFENSORÍA¹

La Defensoría cumple, en primer lugar, un rol persuasivo por lo que a esta le corresponderá, principalmente (artículo 4°):

- 1. Difundir, promover y defender los derechos de los niños en el marco de la actuación de los órganos del Estado y privados** que tengan por objeto la promoción y efectividad de los derechos de los niños. Para ello, puede:

¹ Ver texto del proyecto de ley con modificaciones hechas en la Comisión de Familia, durante el segundo trámite constitucional.

- a. Servir de intermediador o facilitador entre los niños y las entidades mencionadas anteriormente, o respecto de las personas mencionadas en el artículo 2º.
 - b. Puede requerir antecedentes o informes a dichas entidades (o a las personas mencionadas en el artículo 2º) cuando, 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.
 - c. Observar y hacer seguimiento a la actuación de dichos órganos.
2. **Interponer acciones y deducir querrelas en causas que involucren un interés social relevante y exijan pronta solución por su gravedad e importancia para los derechos de niños**, en cualquier juicio, instancia o tribunal (en conformidad a lo establecido en el artículo 16).
 3. **Recibir peticiones sobre asuntos que se le formulen y derivarlas al órgano competente**, haciendo el respectivo seguimiento, o ejercer las atribuciones pertinentes, cuando corresponda, dentro del plazo más breve posible. (...) En el ejercicio de esta atribución, podrá realizar recomendaciones generales o específicas, realizar informes y emitir opiniones en materias de su competencia, pero no podrá avocarse al conocimiento de un asunto que se encuentre pendiente ante los Tribunales de Justicia o ante el órgano de la Administración del Estado competente.
 4. **Visitar 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, incluyendo medios de transporte, en los términos de lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Una vez realizada la visita, deberá emitir un informe al respecto.
 5. **Denunciar vulneraciones a los derechos de los niños** ante el órgano administrativo o judicial competente, nacional o internacional, según corresponda, remitiendo los antecedentes que funden dicha denuncia.
 6. Actuar como amicus curiae² ante los tribunales de justicia.
 7. Velar por la participación de los niños, para que puedan expresar su opinión y ser oídos en los asuntos que les **conciernen** y en la definición de las cuestiones relacionadas con el ejercicio efectivo de sus derechos humanos.
 8. Promover el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados internacionales relativos a los derechos de los niños ratificados por Chile y que se encuentren

² La acción legal del amicus curiae (amigo de la corte o del tribunal) consiste en presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una causa judicial pero que tienen un justificado interés en la resolución de tal litigio. Habitualmente se presentan amicus curiae en casos vinculados a violaciones a los derechos humanos, como lo hace habitualmente el INDH (sin que su opinión deba constar en la sentencia). Véase: <http://www.indh.cl/indh-expone-sobre-figura-del-amicus-curiae-y-derechos-de-las-mujeres-ante-la-corte-de-apelaciones-de-concepcion>

vigentes, en la legislación y reglamentos nacionales. Se agregó su facultad para “asesorar a los órganos públicos y privados, a los niños y a las familias sobre la interpretación y aplicación de los derechos contenidos en tales cuerpos normativos”.

9. **Promover la adhesión o ratificación de tratados internacionales** de derechos humanos de niños y niñas.
10. **Colaborar con el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en la elaboración de los informes** que deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como ante otras organizaciones internacionales. Igualmente, podrá presentar informes propios a dichos organismos, cuando corresponda.
11. Difundir el conocimiento de los derechos humanos, favorecer su enseñanza en todos los niveles del sistema educacional y promover la realización de investigaciones, estudios y publicaciones, otorgar premios, entre otros.
12. Asimismo, **para el ejercicio de la facultad establecida en la letra g) del artículo 4³, también podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados** respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la Republica, en el ámbito de su competencia.”.

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN ESTE PROYECTO DE LEY (ARTÍCULO 5º)

Principios rectores que la Defensoría deberá siempre tener en consideración al conocer y pronunciarse respecto de cualquier petición que se le formule o cualquier función que ejerza:

- Interés Superior del Niño
- Derecho del Niño a ser oído
- Igualdad y no discriminación arbitraria
- Autonomía progresiva
- **Derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos**

IV. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA

- A. Defensor: El Defensor de la Niñez, en adelante “el Defensor”, será el Director y representante legal de la Defensoría y estará encargado de dirigirla y administrarla.

Designación: designado por acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, a partir de la propuesta de candidato que hará la Comisión de Derechos Humanos de la misma Cámara.

³ Artículo 4º, letra g): “Denunciar vulneraciones a los derechos de los niños ante el órgano administrativo o judicial competente, nacional o internacional, según corresponda, remitiendo los antecedentes que funden dicha denuncia.”.

Duración en el cargo: el Defensor durará cinco años en su cargo (en el senado se había aprobado una duración de 8 años), no podrá ser designado por un nuevo período y deberá cesar en su cargo cuando cumpla 75 años de edad. El cargo de Defensor será de dedicación exclusiva.

Remoción del cargo: se atribuye a la Corte Suprema el conocimiento del procedimiento de remoción del Defensor de la Niñez, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de treinta de sus miembros, 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.

Resoluciones del Defensor de la Niñez: estarán exentas del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República.

Designación del primer Defensor: el artículo primero transitorio del proyecto establece que la ley entrará en vigencia 5 meses después de publicada en el Diario Oficial. Respecto a la designación del primer Defensor de la Niñez, “esta se hará dentro de los noventa días de la publicación de la presente ley en el Diario Oficial, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10, para efectos de la instalación de la Defensoría de los Derechos de la Niñez. En tanto no inicie sus actividades dicha Defensoría, la remuneración del Defensor de la Niñez se financiará con cargo a la Asignación 50-01-03-24-03-133.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la Defensoría de los Derechos de la Niñez se entenderá legalmente constituida una vez que la presente ley haya entrado en vigencia.

El primer Defensor de la Niñez, dentro de los sesenta días siguientes a su nombramiento, deberá proponer al Presidente de la República los estatutos de la Defensoría para su aprobación mediante decreto supremo.”.

- B. Consejo Consultivo: (artículo 17°) será un 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 tendrá dentro de sus funciones la de **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. Los cargos de consejeros serán ejercidos ad-honorem.

Designación del primer Consejo Consultivo: el artículo primero transitorio del proyecto establece que “El Consejo Consultivo al que se refiere el artículo 17 se constituirá de conformidad con lo que establezcan los estatutos de la Defensoría, dentro de los noventa días siguientes al nombramiento del Defensor.”

- C. Personal: se regirá por el Código del Trabajo, y quienes desempeñen funciones directivas serán seleccionados por concurso público efectuado por el Servicio Civil, de conformidad con las normas que regulan los procesos de selección de la Alta Dirección Pública establecidos en el Título VI de la ley N° 19.882 que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos que Indica. Su nombramiento será realizado por el Defensor.

La Defensoría estará sometida a la fiscalización de la Contraloría en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas.

COMENTARIOS

V. DERECHO PREFERENTE Y DEBER DE LOS PADRES DE EDUCAR A SUS HIJOS

En un principio, el artículo 5º del proyecto de ley establecía, dentro de los principios rectores de la ley, que la Defensoría tendría siempre en consideración, al conocer y pronunciarse respecto de cualquier petición que se le formule, los siguientes: Interés Superior del niño, Derecho del niño a ser oído y Autonomía progresiva del niño.

Sin embargo, durante la votación en la sala del Senado (primer trámite constitucional), se agregó, como principio rector, el **derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos**, por lo que las dudas respecto del proyecto se limita a los puntos que se explican a continuación. El principio se mantuvo, de igual forma, durante su discusión en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados (segundo trámite constitucional).

A pesar de lo anterior, durante la tramitación del proyecto, algunos parlamentarios intentaron eliminar este principio el proyecto. Ello podría generar dificultades: recordemos que la Defensoría tiene la atribución de *“Servir de intermediador o facilitador entre los niños y sujetos mencionados en el artículo 2”* (dentro de los cuáles se incluye a *“toda persona natural”*, como lo son los padres, y todo persona jurídica, de derecho público o privado, como lo es un colegio). Así, podría darse el caso de que un niño tenga problemas con su colegio, por ejemplo, por materias relacionadas con la circular emitida este año por la Superintendencia de Educación sobre trato a estudiantes transgénero. Basándose en la atribución mencionada, surge la duda sobre si la Defensoría podría servir de intermediador entre el colegio y el niño sin que se consulte, se considere o se informe previamente a sus padres.

Es sumamente relevante y positivo que este principio se haya mantenido durante la votación de la comisión mixta puesto que otro de los principios que se consideran como rectores de la ley es el de la autonomía progresiva del niño. Deben mantenerse ambos al mismo nivel de importancia dentro de la norma ya que así se entiende que ambos se complementan entre sí y no se traduce en una preponderancia de la autonomía progresiva del niño por sobre el derecho de educación de sus padres.

VI. PRINCIPALES CAMBIOS HECHOS POR LA COMISIÓN MIXTA AL PROYECTO

Todos los cambios hechos por la comisión mixta fueron positivos, destacando los siguientes:

- Se modifica (letra n) del artículo 4º) la facultad de la Defensoría de “Promover **la adhesión o ratificación de tratados e instrumentos internacionales** de derechos humanos de niños y niñas”. Se eliminó la expresión “e instrumentos”. Lo anterior es positivo puesto que, al incluir instrumentos internacionales distintos de tratados internacionales, se le otorgaba un valor vinculante a, por ejemplo, meras Recomendaciones de órganos internacionales. Así, la letra, previo a su modificación, **transgredía el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Constitución**, que contempla los límites a la soberanía:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado **respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.**”.*

De esta forma, el problema se centraba en el hecho de que se le otorgaba al Defensor la facultad de promover instrumentos internacionales que, por no ser tratados, no pueden formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

- En la misma línea anterior, en la letra g) del artículo 15 (referente a los contenidos del informe anual que debe hacer el Defensor de la Niñez), se precisa que los tratados internacionales a los que se refiere el artículo sólo pueden ser aquellos **ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**: “Las recomendaciones generales que estime convenientes para el resguardo de los derechos de los niños, incluyendo aquellas relativas a las adecuaciones necesarias de la legislación y reglamentos para el cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Política de la Republica, las leyes y los tratados internacionales **ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**”.
- **Se retoma la forma de nombramiento del Defensor de la Niñez propuesto por el Senado** (artículo 10 inciso segundo). Existía discrepancia entre ambas cámaras puesto que la Cámara de Diputados proponía que el Defensor fuese designado por acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, a partir de una terna que debería presentar el Consejo Directivo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, la que requería, igualmente, del voto conforme de los dos tercios de los consejeros en ejercicio, previo concurso público. La propuesta aprobada en la comisión mixta mantiene los quórums de aprobación en la Cámara Alta, sin embargo, sólo se propondrá un candidato para el cargo – no una terna – y quién propondrá al candidato será la Comisión de Derechos Humanos del Senado. Consideramos más adecuada esta opción puesto que la comisión de Derechos Humanos puede ser más imparcial que el INDH.