

ESTUDIO DE APROXIMACIÓN SOBRE EL ESTADO DE SITUACIÓN DE LAS OFICINAS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL MARCO DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES INDEPENDIENTES DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

PROYECTO “*PROMOCIÓN Y APOYO AL DESARROLLO DE LAS DEFENSORÍAS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*”, EJECUTADO POR EL INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES (IIN), CON EL APOYO FINANCIERO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO (AECID).



Organización de los Estados Americanos



AGOSTO, 2011

AUTORIDADES

DR. JOSÉ MIGUEL INSULZA

SECRETARIO GENERAL - OEA

EMB. ALBERT RAMDIM

SECRETARIO GENERAL ADJUNTO - OEA

DRA. ELVIRA FORERO

PRESIDENTA – CONSEJO DIRECTIVO DEL IIN

DRA. GLORIA LOZANO DE DÍAZ

VICE-PRESIDENTA – CONSEJO DIRECTIVO DEL IIN

MTRA. MARÍA DE LOS DOLORES AGUILAR MARMOLEJO

DIRECTORA GENERAL - IIN

EQUIPO TÉCNICO

SOC. PAULINA FERNÁNDEZ FAWAZ

DIRECTORA DE ÁREAS Y PROYECTOS - IIN

AB. ESTEBAN DE LA TORRE RIBADENEIRA

COORDINADOR DEL ÁREA JURÍDICA - IIN

LIC. GUSTAVO RAMÍREZ BACCA

ESPECIALISTA DEL ÁREA JURÍDICA - IIN

DR. MIGUEL CILLERO BRUÑOL

CONSULTOR

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
METODOLOGÍA	6
1. MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO	8
1.1 INSTITUCIONES INDEPENDIENTES PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	8
1.2 EL OMBUDSMAN COMO ORIGEN DE LAS INDH, SU DEFINICIÓN, EVOLUCIÓN Y RELEVANCIA.....	11
1.3 INSTITUCIONALIZACIÓN DEL OMBUDSMAN EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS.....	15
1.4 LAS INDH EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	17
1.5 PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA POR INSTITUCIONES INDEPENDIENTES.....	19
1.6 OMBUDSMAN DE LA NIÑEZ EN LOS ESTADOS EN ESTUDIO.....	21
2. MARCO TEÓRICO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	23
2.1 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU PROTECCIÓN EFECTIVA.....	23
2.2 PROTECCIÓN PRIORITARIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.....	24
3. MARCO LEGAL	27
3.1 INSTRUMENTOS NORMATIVOS.....	27
3.2 ESTÁNDARES NORMATIVOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS OMBUDSMAN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA....	30
3.3 ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DE LAS DEFENSORÍAS ESTUDIADAS EN RELACIÓN A LOS ESTÁNDARES NORMATIVOS.....	31
4. DESAFÍOS DE LAS DEFENSORÍAS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	36
BIBLIOGRAFÍA	37

INTRODUCCIÓN

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), es el organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de promover el estudio de los temas relativos a la niñez, adolescencia y familia en las Américas, y de generar instrumentos técnicos que ayuden a solucionar los problemas que les afectan¹. Tiene como finalidad primordial cooperar principalmente con los gobiernos de los Estados Miembros de la OEA para la promoción y el desarrollo de actividades y herramientas técnicas que contribuyan a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y al mejoramiento de su calidad de vida y la de sus familias.

Como parte del cumplimiento de sus competencias y fines, el IIN ejecuta un proyecto enfocado en la oficinas de niñez y adolescencia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (Defensorías de la Niñez y Adolescencia²) de la región, por entender que éstas instituciones son un elemento básico dentro de los mecanismos nacionales de defensa y monitoreo independiente de los derechos humanos (DDHH) de niños, niñas y adolescentes.

La Asamblea General de la OEA ha hecho referencia en forma reiterada a la importancia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (Defensorías de Derechos Humanos), en sus diversas modalidades de organización y dado su relevante rol en defensa y promoción de los derechos fundamentales reconocidos por los Estados, acción que en muchos casos realizan junto a las instituciones interamericanas de defensa de los Derechos Humanos³.

El presente documento denominado *Estudio de Aproximación sobre el Estado de Situación de las Oficinas de Niñez y Adolescencia en el Marco de las Instituciones Nacionales Independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos* es parte del proyecto mencionado y responde a una necesidad que fue detectada en el proceso de elaboración del mismo, toda vez que en el diagnóstico realizado para su diseño quedó en

¹ Artículo 1, inciso a) del Estatuto del IIN, Aprobado por el Consejo Directivo en su 79ª Reunión Ordinaria. 26 y 26 de Octubre, 2004. México, D.F.

² Objeto específico del presente estudio se refiere a las oficinas encargadas de la defensa y/o promoción de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, entendiéndose por "oficina" al área, programa, unidad, dependencia, dirección, adjuntía, departamento o coordinación, según el nombre que cada Institución Nacional de Derechos Humanos haya otorgado según su organigrama.

³ AG/RES. 2605 (XL-O/10) "Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas"; AG/RES. 2448 (xxxix-o/09), "Fortalecimiento del papel que desempeñan las Instituciones Nacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos en la Organización de los Estados Americanos"; AG/RES.2421(XXXVIII-O/08),"Fortalecimiento del papel que desempeñan las Instituciones Nacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos en la Organización de los Estados Americanos".

evidencia la falta de documentación que condensara la información sobre estas oficinas y sobre el trabajo que realizan las instituciones nacionales de derechos humanos en materia de derechos de la niñez y adolescencia. Es conocido que este tipo de instituciones desarrollan en los Estados una labor fundamental en la defensa y promoción de los derechos humanos en general, pero es poco lo que se conoce respecto de la importante labor desempeñada en temas de niñez y adolescencia.

El proyecto regional **“Promoción y Apoyo al Desarrollo de las Defensorías de Derechos de la Niñez y Adolescencia”⁴** es ejecutado por el IIN gracias al apoyo financiero de la Agencia Española para la Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID). De esta forma el IIN está dando cumplimiento a las Resoluciones de su Consejo Directivo y en particular la del **XX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes** realizado en la ciudad de Lima, Perú en septiembre de 2009, en relación con este tema específico.

A través del presente estudio, el IIN intenta dar una visión general del estado de situación de dichas instituciones nacionales respecto del tema de niñez y adolescencia, estableciendo antes algunos elementos de orden teórico y conceptual que intentan contribuir a la comprensión de la interesante figura del Ombudsman.

El rol que tienen las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) en la defensa y promoción de los derechos de la infancia y adolescencia es tan relevante, que el Comité de los Derechos del Niño en el año 2002 decidió centrar su Observación General en esta relación fundamental, documento que sirvió a su vez como parámetro de referencia a los efectos de este estudio.

Para el IIN, la realización del presente estudio significó un reto interesante para conocer más sobre estas instituciones y para aumentar las relaciones de trabajo y cooperación con los organismos estatales que protegen los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. La diversidad de estructuras organizacionales adoptadas para las instituciones encargadas de observar el respeto de los derechos humanos, así como de las prácticas desarrolladas, justifican la realización del presente estudio que pretende hacer una descripción de las experiencias analizadas en torno a una pauta común de carácter conceptual y normativo.

⁴ La nomenclatura que utiliza el nombre del proyecto de “Defensorías de Niñez y Adolescencia”, hace alusión a las oficinas encargadas de la defensa y/o promoción de los derechos humanos de la niñez, en concordancia con lo señalado en la nota 2.

METODOLOGÍA

El presente estudio de aproximación toma como base el Informe Final de la consultoría, realizada de acuerdo con los términos de referencia, en el marco del proyecto “Promoción y apoyo al desarrollo de las Defensorías de Derechos de Niñez y Adolescencia”, la cual tenía como objetivo *realizar un estudio sobre el estado de situación de las Defensorías de la Niñez y Adolescencia (Ombudsman de la Niñez⁵) en las Américas*. La consultoría fue encargada al especialista en derechos de la niñez y adolescencia Dr. Miguel Cillero Bruñol por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN). Los Estados en estudio son **Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela**. Los nombres utilizados para referirse a su Institución Nacional Independiente de Protección y Promoción de Derechos Humanos en estos Estados son: Defensoría del Pueblo de la Nación, Defensoría del Pueblo, Procuraduría Federal de los Derechos del Ciudadano, Defensoría de los Habitantes, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Procuraduría de los Derechos Humanos y Comisión Nacional de Derechos Humanos, respectivamente.

El presente estudio está dividido en dos segmentos: el primero hace relación al abordaje teórico, conceptual y normativo de la figura del Ombudsman y el segundo, se enfoca en el análisis de la situación de las oficinas que atienden los derechos de niñez y adolescencia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH).

Para obtener la información relativa a la segunda parte del informe, el IIN envió a las 14 instituciones nacionales de derechos humanos participantes del proyecto un cuestionario, el cual fue contestado por 12 de estas instituciones. La información expuesta en el presente documento, por tanto, se basa en las respuestas a dicho cuestionarios. Información que a su vez fue complementada por una sesión de trabajo realizada en el mes de noviembre de 2010 en la Ciudad de Quito, República del Ecuador, donde se trabajó con representantes de las 12 mismas INDH que contestaron el cuestionario, si bien fueron invitadas las 14 INDH contempladas para el proyecto. Dicha sesión de trabajo se realizó en función de preguntas sobre las que se discutió grupalmente para obtener respuestas que fuesen consensuadas o al menos compartidas por una mayoría de los presentes, y que dan cuenta de algunos elementos fundamentales tanto de la naturaleza institucional que les constituye como de aspectos relevantes para la atención de situaciones violatorias de derechos humanos de niños, niñas y

⁵ Para los efectos del proyecto del IIN y específicamente del presente estudio se ha utilizado el concepto de “ombudsman de infancia” u “ombudsman de la niñez” para referirse, según sea el caso, a las oficinas y/o a los encargados del tema de infancia en las INDH, si bien como se desarrollará en el documento, no existe esta figura específica en la mayoría de los Estados objeto del Estudio.

adolescentes. La información se completó, si bien en menor medida, con entrevistas telefónicas a los enlaces técnicos designados por cada INDH.

1. MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO

1.1. INSTITUCIONES INDEPENDIENTES PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

*“Los niños no deben ser nunca un apéndice. Deben ser el punto de partida.
Sin los derechos de los niños no hay derechos humanos”*

Trond Waage
Defensor de la Infancia, Noruega⁶

La mayoría de los Estados Democráticos de Derecho contemporáneos contemplan los Derechos Humanos (DDHH) como parte de su razón de ser, elemento constitutivo y piedra angular en la construcción y funcionamiento de su arquitectura institucional. Esta posición fundamental de los DDHH se ha visto manifestada paulatinamente en las Constituciones y en el Derecho Internacional Público, en su vertiente del Derecho de los Derechos Humanos. Desde el punto de vista constitucional, es posible afirmar actualmente que la Constitución no sólo debe contemplar el sometimiento de los poderes públicos a la propia Constitución y a la Ley, sino también orientar la actuación del Estado a objetivos de protección de los derechos humanos y del libre desarrollo de la personalidad⁷.

Por su parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, surge como un mecanismo de garantía supranacional de la vigencia de los Derechos Humanos y de la obligación de los Estados nacionales de respetarlos y garantizarlos (Medina Quiroga, 1993: 17-19).

Para cumplir con estas tareas de garantizar y respetar los Derechos Humanos en el marco del ejercicio de las actuaciones públicas sometidas al principio de legalidad, se ha considerado necesario complementar un programa normativo (constitucional, internacional y legal) con instituciones que garanticen su vigencia y efectividad. Para ello no es suficiente, aunque sea indispensable, la existencia y funcionamiento de un Poder Judicial independiente, sino que también se requieren otras instituciones y prácticas que favorezcan la protección de los

⁶ Tomada de: Naciones Unidas, Sesión Especial a favor de la Infancia. UNICEF. 8-10 de Mayo de 2002. Primera Reunión Mundial de Instituciones de Derechos Humanos a favor de la Infancia. Obtenidos de la Red Mundial el 07 de Julio de 2011, dirección:

http://www.unicef.org/spanish/specialesession/docs_new/documents/events_hr_institutions_sp.pdf

⁷ Este desarrollo de la teoría constitucional se ha denominado por algunos autores como *neoconstitucionalismo*, término que -como señala Carbonell- se refiere a textos constitucionales “que no se limitan a establecer competencias o separar los poderes, sino que contienen altos niveles de normas *materiales* o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines u objetivos” (Carbonell, 2007: 10).

derechos de las personas y fortalezcan los mecanismos de vigilancia destinados a asegurar que los entes y órganos de ejecución y administración del Estado cumplan con las obligaciones que se derivan del reconocimiento de los derechos de las personas. Es decir, la mera incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos resulta insuficiente para la satisfacción y realización efectiva de éstos, toda vez que resulta necesario completar dicha normativa internacional con instituciones legales facultadas para su realización efectiva y verificación de su cumplimiento.

El presente estudio versa sobre las instituciones independientes de derechos humanos, a partir de los estándares reconocidos, e intenta construir desde un plano teórico un conjunto de elementos de análisis, dentro de los cuales podríamos distinguir dos tipos: a) carácter funcional y b) de carácter institucional. Los **elementos de tipo funcional**, responden sobre qué funciones deben cumplir estas instituciones; los **elementos de tipo institucional**, pretenden visualizar algunas notas características esenciales (en tanto son fundamentales para cumplir sus funciones) de la entidad y el lugar que ocupa en el panorama institucional general de un país, como por ejemplo, la independencia respecto de los entes y órganos públicos y/o estatales a los que vigila.

El fortalecimiento de la democracia representativa y sus principios orientadores es un proceso de mejoramiento continuo en el que se encuentran los Estados contemporáneos, lo cual es posible verificar a través de distintos indicadores como por ejemplo: la aprobación de la **Carta Democrática Interamericana**⁸ y su puesta en práctica⁹, y el incremento de la participación política como factor decisivo para el desarrollo humano¹⁰. Este fortalecimiento debe verse reflejado en el establecimiento de infraestructura nacional de instituciones democráticas que garanticen, salvaguarden y promuevan los principios, fundamentos legales y políticos en que se basan los derechos humanos.

Junto al reconocimiento normativo y a la protección jurisdiccional, numerosos Estados han estimado conveniente y necesario crear o impulsar **Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH)**¹¹. Denominación genérica que se da a las instituciones estatales, públicas

⁸ Carta Democrática Interamericana, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de Setiembre de 2001; Lima Perú. Obtenida de la Red Mundial el 08 de Julio de 2011: http://www.oas.org/charter/docs/es/resolucion1_es.htm

⁹ AG/RES. 2555 (XL-O/10), Promoción y fortalecimiento de la democracia: seguimiento de la Carta Democrática Interamericana.

¹⁰ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre Desarrollo Humano 2002. “Profundizar la Democracia en un mundo fragmentado”. Obtenido de la Red Mundial el 011 de Julio de 2011 en la dirección: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2002/>

¹¹ Esta recomendación persiste aun en la actualidad en el contexto de que algunos Estados todavía no han establecido instituciones de este tipo. Una de las últimas recomendaciones en este sentido es posible verificarla en la resolución A/RES/65/207 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “El papel de los Ombudsman, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos de 2010.

(por su finalidad)¹², independientes, creadas bajo un mandato constitucional o legal y de carácter no jurisdiccional, que se han creado para la defensa y promoción de los derechos humanos, en atención de recomendaciones de carácter internacional. Una característica fundamental de las INDH es que, por su naturaleza, se constituyen en un punto importante de vinculación entre los organismos internacionales e intergubernamentales, la sociedad civil y el Estado. La constitución de las INDH a través de las Constituciones o la legislación las convierte en una figura jurídica muy interesante, toda vez que son entidades estatales no gubernamentales, por lo tanto deben cumplir con obligaciones normativas al igual que otros organismos estatales y someterse al Principio de Legalidad.

A este tipo de instituciones se les ha llamado con sentido casi idéntico en la mayoría de los casos: *Ombudsman*¹³, *Ombudsperson*, *Mediadores*, *Defensorías del Pueblo*, *Procuradurías de Derechos Humanos*, *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, *Consejo Nacional de Derechos Humanos*, entre otros; según la nomenclatura que adopte cada Estado. Respecto de estas instituciones, independientemente del nombre que se adopte, lo más importante es que estén constituidas de acuerdo con el estándar que sobre la materia ha sido reconocido internacionalmente, es decir, los **Principios de París**¹⁴. *Instituciones independientes de derechos humanos* es una forma genérica de llamar a los *Ombudsman*, *Defensores de Derechos Humanos* y a su vez también a las *INDH*. Si bien no hay absoluta certeza y uniformidad en el uso de la terminología a nivel internacional, el rasgo característico es que son personas o instituciones independientes en relación con el ente al que vigilan, que en la mayoría de los casos es son los gobiernos en el sentido amplio de su significado, y que realicen dicha fiscalización en beneficio de los derechos o intereses de una colectividad.

Una particularidad fundamental con respecto a las INDH es la necesaria independencia y autonomía, esto es que a diferencia de otros entes del Estado, en razón de sus fines, las INDH no deberían depender de ninguno de los Poderes del Estado, si bien sobre este particular no hay un consenso¹⁵. Además por su carácter estatal deben ser parte del presupuesto económico general del Estado, con la mayor independencia posible. Sobre lo que sí parece haber consenso es respecto del carácter de independencia frente a la Administración Pública en el

¹² Si bien no es común, existe la figura de los Ombudsman no Estatales, pero que cumplen una función de interés público, tal es el caso de los Ombudsman o Defensor del Lector en España.

¹³ El fortalecimiento del concepto de institución nacional de derechos humanos ha influenciado el carácter personal o individual que tuvo la figura del Ombudsman en sus orígenes. Carácter que de hecho no se ha perdido toda vez que es posible referirse a un Ombudsman como una institución o como la persona que desempeña dicha función, siendo más común cada vez en el primero de los sentidos.

¹⁴ Principios Relativos al estatuto de las instituciones nacionales. Referencia: A/RES/48/134 del 4 de Marzo de 1994. Asamblea General de las Naciones Unidas. Obtenidos de la Red Mundial el 06 de Julio de 2011 en la dirección: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/27/PDF/N9411627.pdf?OpenElement>

¹⁵ Es posible observar en una cantidad importante de Estados que han hecho depender sus INDH del Poder Legislativo -aun a pesar del rango constitucional que ostentan muchas de las INDH- justificando esto en que este Poder es el que, en tesis de principio, resulta ser el más representativo de la pluralidad de los habitantes de un Estado. Incluso en un número importante de Estados los Defensores del Pueblo son elegidos por el Congreso Nacional, lo cual tiene relación con los orígenes históricos de esta figura.

sentido amplio del concepto en el Derecho Público.

Otra elemento característico de la figura del Ombudsman es la necesidad de que conserve un carácter apolítico y no partidario como presupuesto para garantizar la justicia e imparcialidad en las recomendaciones que realice.

El Ombudsman hace las veces de un defensor de la ciudadanía, al canalizar las solicitudes de intervención que recibe de los ciudadanos o de la sociedad civil respecto de situaciones relacionadas con la indebida administración o acciones injustas por parte de dependencias del Estado, normalmente en su sentido amplio, si bien en ocasiones solo las que se circunscriben al concepto de gobierno. Dependiendo de la situación, cumplen con una función de exigibilidad de derechos, o de mediación, e incluso como puerta de entrada al conocimiento de situaciones para su amparo jurisdiccional o constitucional, principalmente por esta última función es la que ha provocado que se establezca el carácter cuasi-judicial de esta institución.

América Latina no ha estado ajena a este proceso de desarrollo institucional. Así, conjuntamente con el fortalecimiento de las instituciones democráticas, se puede observar en la región una amplia difusión de estas *Instituciones Independientes* para la promoción y exigibilidad de los derechos humanos, que se inspiran en los modelos institucionales desarrollados en los países nórdicos desde comienzos del siglo XIX, y que empiezan a difundirse fuera de Escandinavia a partir de los años sesenta del siglo XX¹⁶.

1.2 EL OMBUDSMAN COMO ORIGEN DE LAS INDH, SU DEFINICIÓN, EVOLUCIÓN Y RELEVANCIA

De acuerdo con lo señalado por un número importante de publicaciones especializadas se reconoce el origen de las actuales INDH en la institución escandinava conocida como Ombudsman u Ombudsperson, que se remonta al siglo XVIII¹⁷. La figura en su forma originaria

¹⁶ Sobre el desarrollo de la institución específicamente en el ámbito de la infancia véase entre otros Reif, 2004, particularmente sobre la expansión de los Ombudsman desde Suecia al resto de Escandinavia y desde allí al resto del mundo, véase pp. 6-7; y Grude Flekkoy, M. 2002: 404-419.

¹⁷ Así, Mora (2003: 31): "Fue el rey Carlos XII –en el reino repartido en comarcas que entonces conformaban Suecia y Finlandia– quien en 1713 nombró a un **representante** llamado *Hägsteombudsmänn* para controlar la administración del gobierno. Su función venía a añadirse a la de un canciller de justicia en Suecia, que tenía la obligación prioritaria de velar por el cumplimiento de leyes y normas por parte de los funcionarios públicos. Existía entre ambos representantes, pues, una cierta complementariedad, prefigurando entre los dos lo que en el futuro sería el Ombudsman. A partir de 1766, el canciller de justicia dejó de ser designado por el rey, pasando a serlo por las representaciones de los cuatro Estados, convirtiéndose poco a poco en un funcionario real, hasta que, a raíz del golpe de Estado del rey Gustavo III, pasó a tener las competencias de un ministro de justicia." **El Ombudsman se estableció por primera vez en la Constitución en la Constitución sueca de 1809**, como una institución

ha sido traducida comúnmente al español como “**Defensor de la Justicia**”, razón por la que, como se indicó, los tres términos son utilizados como sinónimos.

“La institución de Ombudsman, o mejor dicho, el justitie Ombudsman emerge de la cultura jurídica y política de Suecia.

En términos de Gerald Caiden, la palabra sueca Ombudsman tiene su origen en la lengua de las Tribus germánicas medievales, que aplicaron el vocablo a un “agente” encargado de transferir bienes de familias o de grupos que afectaban a otras personas, a las víctimas o a sus familias, y con el paso del tiempo, se aplicó a cualquier clase de “agente”.

En la doctrina jurídica actual este vocablo se suele traducir o interpretar como: representante, mandatario, o delegado, vocero, gestor, consejero legal o abogado, defensor del ciudadano o comisionado parlamentario.”¹⁸

Conforme se fue dando el paso histórico de las monarquías absolutas a las monarquías parlamentarias y demás formas de organización política modernas la figura del Ombudsman fue evolucionando también:

“Al principio, el Ombudsman era el representante o mandatario del rey, ya que este tenía la obligación de proteger a sus súbditos y de impartirles justicia imparcial y objetiva. Con posterioridad el Ombudsman se transformó en Comisionado Parlamentario”¹⁹

En su origen, la figura del Ombudsman está básicamente orientada al mejor control de la correcta administración pública en el ámbito de la aplicación de las leyes y se vincula estrechamente con las facultades de control de las actividades de aplicación de las leyes que hace la Administración. En cierto sentido puede sostenerse que es una ampliación de los poderes del Parlamento de controlar la correcta ejecución de las leyes, razón por la que no es extraño que estas instituciones independientes se relacionen directamente con los Parlamentos y hayan tenido un importante desarrollo en el marco de los regímenes parlamentarios de gobierno.

Conforme se fue desarrollando la idea del Estado de Derecho, el concepto del Ombudsman, si bien mantiene en gran medida su carácter original, no sólo se relaciona con el concepto de “buen gobierno o buena administración” sino también con el concepto más específico de **derechos humanos** (que va adquiriendo progresivamente un contenido más

independiente vinculada al Parlamento. Sobre el origen y evolución del Ombudsman en otros países, véase Innocenti Digest, No 8, p. 2, 2001. (Los resaltados no corresponden al original).

¹⁸ “El Ombudsman en el Derecho Constitucional Comparado”. Raymundo Gil Rendón. 2002. (El resaltado no corresponde al original).

¹⁹ Ídem.

extenso y específico luego de la Segunda Guerra Mundial)²⁰.

La protección de las personas –incluidos los niños, niñas y adolescentes– se identifica en nuestros días con la protección de sus derechos humanos, entendidos éstos tanto como límite al poder del Estado, es decir, en cuanto mecanismo para la interdicción de la arbitrariedad, como en su dimensión de fortalecimiento de la capacidad de “satisfacer el valor de las personas y realizar la igualdad” (Zolo, D.:31).

La expansión del concepto de los derechos humanos plantea con más fuerza la necesidad de reducir la brecha entre el reconocimiento cada vez más amplio de la titularidad formal (*entitlement*) de nuevas categorías de derechos con una eficacia decreciente de su disfrute (*endowment*) por parte de los ciudadanos (Zolo, D.: 97).

En esta búsqueda de nuevos mecanismos de garantía se asume la necesidad de desarrollar los Ombudsman, como instituciones que se perfilan nítidamente con la función de promover y proteger los derechos fundamentales.

Acogiendo las funciones tradicionales de control de la administración y la protección de los derechos de las personas, se han dado las siguientes definiciones del Ombudsman:

“cargo establecido por la Constitución o por el cuerpo legislativo o parlamento, encabezado por un funcionario público independiente, de alto nivel, responsable ante el cuerpo legislativo o el parlamento, y que recibe quejas de personas agraviadas, contra agencias gubernamentales, funcionarios y empleados o que actúa por iniciativa propia, y que tiene el poder de investigar, recomendar la toma de acciones correctivas y de presentar informes (Ombudsperson Committee, International Bar Association Resolution, 1974)²¹.”

“[i]nstitución independiente, de control no jurisdiccional, con un titular nombrado por el Parlamento, única instancia ante la que tiene que rendir cuentas, que tiene encomendada la doble misión de velar por los derechos fundamentales y controlar el buen funcionamiento de todas las ramas de la Administración Pública. Su mandato es independiente de los períodos de las legislaturas. Normalmente está instituido por la Constitución y tiene capacidad de recurrir la inconstitucionalidad de las leyes” (Mora 2003: 44-5).

²⁰ Sobre la evolución de la teoría constitucional al respecto véase Prieto Sanchís, L., 2007: 213-222) “El Constitucionalismo de los Derechos”, contenido en Revista española de Derecho Constitucional, año 24, nº 71, 2004, pp. 47-72.

²¹ Cita obtenida de la red mundial de redes, el día 10 de Septiembre de 2010, en el sitio web de la *Child Rights Information Network*, dirección electrónica: <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=20089#>

En un intento de síntesis, Reif (2002:1-3) sostiene que el Ombudsman es una institución pública independiente, nombrada por el Parlamento para supervisar la actuación de la administración, que resuelve de modo imparcial solicitudes o quejas de los ciudadanos a la administración. Según la autora sus finalidades son mejorar la actuación del gobierno y fortalecer la práctica de rendición de cuentas que la autoridad le debe a la ciudadanía.

El carácter complementario de este mecanismo respecto de otras formas de resolución de conflictos entre los ciudadanos y la autoridad ha sido puesto de manifiesto por la Corte Suprema de Canadá que estableció que el Ombudsman está facultado para resolver problemas de la administración que no pueden resolver los Tribunales de Justicia, el legislador ni la propia administración por sí misma²².

En estas definiciones puede advertirse una cierta diferencia de énfasis entre aquellas nociones referidas principalmente a la transparencia, el control y la legalidad, con otras que plantean directamente que la función de Ombudsman apunta directamente a la exigibilidad y protección de los derechos humanos ante la administración.

Reif (2001:6-10), describe esta situación como la confluencia entre la tradición histórica de los Ombudsman de los siglos XIX y comienzos de los XX en los países escandinavos, con lo que denomina los “*human rights Ombudsman*” que son más bien defensores de los derechos humanos. Esta confluencia da lugar a lo que la autora llama sistemas híbridos, que mantienen parte de la tradición histórica de control de la legalidad de las actuaciones de la administración en relación a los ciudadanos, con la promoción, protección y exigibilidad de los derechos fundamentales.

En síntesis, habría un espectro de instituciones que combinan las funciones de Ombudsman con las de las Comisiones de Derechos Humanos; las diferentes instituciones se encuentran en alguna parte de este continuo, siendo más cercana a uno u otro de los extremos.

En vista de esta dispersión, las Naciones Unidas y la literatura especializada, ha preferido utilizar una categorización de carácter funcional – más que nominal- para definir las distintas instituciones. Así, una institución de Derechos Humanos puede ser definida en términos amplios como un cuerpo creado por la Constitución, la ley o un decreto de la administración que tiene por función promover y proteger los derechos humanos. Como es posible observar en este extremo no se hace referencia alguna al control de la administración que es el elemento diferenciador originario de los Ombudsman ni a la posibilidad de resolver solicitudes individuales de los ciudadanos.

²² B.C. *Development corp. vs Friedman 1985*, citado por REIF, 2002:2.

En consecuencia, y siguiendo la terminología usada por Reif, parece correcto referirse a Ombudsman de los Derechos Humanos, como instituciones híbridas, duales o complejas que sirven tanto para el control de la administración y la resolución de casos particulares, como para la promoción, protección y fortalecimiento de los mecanismos de exigibilidad de los derechos humanos.

En España, el Ombudsman o Defensor del Pueblo español, de fuerte influencia en América Latina, es típicamente descrito como un caso de Ombudsman de los derechos humanos, tradición o carácter que es asumido también por la un número importante de los Ombudsman de los países de América Latina.

A manera de síntesis, es posible afirmar que las INDH son importantes por tres principales razones: 1) Incrementar la accesibilidad de los habitantes los servicios prestados por los órganos estatales, 2) Optimizar la actividad de Estado como un todo y 3) Optimizar los mecanismos de rendición de cuentas como consecuencia de la obligación que asumen los gobiernos de transparencia en razón de la vigilancia de la que son objeto.

1.3 INSTITUCIONALIZACIÓN DEL OMBUDSMAN EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS²³

En el marco de la ONU, el Consejo Económico y Social introduce para su discusión el tema de la necesidad de crear instituciones nacionales de derechos humanos en 1946²⁴ (dos años antes de la Declaración de Derechos Humanos). Existía la convicción de que había que implantar dichas instituciones a nivel nacional, incluso con sedes regionales, para lograr una dinámica real a favor de la protección de los Derechos Humanos.

“La figura del Ombudsman se expandió sensiblemente durante los años sesenta y setenta gracias al respaldo recibido de las Naciones Unidas, la Asociación Internacional de Abogados, la Comisión Internacional de Juristas y el Consejo de Europa para alentar el desarrollo y uso de este modelo, sobre todo para

²³ Mora, A. (2003), *Libro del Defensor del Pueblo*, con la colaboración de María José Imbernón García, Ed. Defensor del Pueblo, Madrid.

²⁴ Folleto Informativo Nº19. Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Obtenidos de la Red Mundial el 12 de Julio de 2011 en la dirección: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet19sp.pdf>

proteger los derechos humanos, civiles y políticos de las personas contra acciones estatales autocráticas o arbitrarias.”²⁵

En 1978 este tipo de instituciones recibió un fuerte impulso. En un seminario celebrado ese año por la ONU en Ginebra, se fijaron unas primeras directrices relativas a la estructura y al funcionamiento de las instituciones nacionales de Derechos Humanos²⁶. Las funciones que se fijaron entonces fueron:

- (i) Ser fuente de información sobre esos derechos para los gobiernos y para la población del país;
- (ii) Contribuir a la educación de la opinión pública y promover la conciencia y el respeto de los Derechos Humanos;
- (iii) Considerar cualquier situación particular que pudiera existir en el país que afectara a los Derechos Humanos; y
- (iv) Dar su opinión sobre cualquier cuestión que afecte a esos derechos.

Respecto a la estructura de las instituciones, las recomendaciones aprobadas fueron las siguientes:

- (i) Reflejar la composición más amplia posible de la población, de tal forma que hagan participar a todos los sectores en el proceso de adopción de decisiones relativas a los Derechos Humanos;
- (ii) Un funcionamiento regular, con un acceso inmediato a cualquier particular o autoridad; y
- (iii) Estar dotadas, en su caso, de órganos locales o regionales de asesoramiento.

En años sucesivos, a lo largo de la década de los ochenta, se crearon muchas de estas instituciones en el mundo. En 1991 se celebró en París la **Primera Reunión Técnica Internacional sobre las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de Derechos Humanos**. Sus conclusiones se concretaron en una resolución acerca de los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales (comúnmente llamados “Principios de París”), que fueron aprobados por la Asamblea General, en 1993, y cuyos rasgos generales ampliaban los ya mencionados. Entre las atribuciones fijadas para estas instituciones se consideraron las siguientes:

- (i) Presentar al Gobierno, al Parlamento y a cualquier órgano pertinente

²⁵ “La Justicia más allá de nuestras Fronteras” Experiencias de Reformas útiles para América Latina y el Caribe. Autor Corporativo: Banco Interamericano de Desarrollo. 1999.

²⁶ Seminar on National and Local Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Geneva, 18-29 September, 1978. United Nations, Division of Human Rights. [Document] - United Nations; ST/HR/SER.A/2.

- recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a los Derechos Humanos;
- (ii) Procurar que la legislación y las prácticas nacionales se armonicen con las normas internacionales;
 - (iii) Estimular la ratificación y aplicación de las normas internacionales;
 - (iv) Contribuir a la preparación de informes de conformidad con los instrumentos internacionales;
 - (v) Colaborar en la elaboración de programas dedicados a los Derechos Humanos; y
 - (vi) Cooperar con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones nacionales de otros países.

La conformación de este tipo de comisiones varía de un Estado a otro, dado que, aun siendo una recomendación por parte de la ONU, su implantación siempre depende de una manera muy directa de un proceso nacional y de una legislación específica. Muchos países han optado por otro tipo de institución, en otros incluso se mantienen varias en función paralela. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, celebrada en Viena, se firmó una declaración en la que al abordar esta cuestión se reconocía la conveniencia de que cada Estado elija el marco de institución nacional que mejor se adapte a sus necesidades.

1.4 LAS INDH EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Entre los ámbitos en que se han desarrollado estas instituciones se encuentra la protección de la niñez, grupo humano que desde la segunda mitad del siglo XX ha adquirido progresivamente un mayor reconocimiento y protección de sus derechos. El hito más relevante de este proceso de reconocimiento de derechos se produjo el 20 de Noviembre de 1989, fecha en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)**.

Con respecto a los derechos humanos de esta población, se han generado diversas prácticas institucionales dirigidas a su protección, en este sentido las dos principales prácticas son: por un lado, la creación de Ombudsman específicos para la promoción y la protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia y la incorporación de la temática de niñez y adolescencia en las instituciones nacionales de derechos humanos, es decir, los Ombudsman generales, e incluso la designación de un defensor específico en el marco de estas instituciones de derechos humanos de mandato amplio²⁷.

²⁷ Sobre este punto, se pronunció Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el párrafo 6) de su Observación General Nº 2; sugiriendo que “la mejor solución sea crear una institución nacional cuya labor incluya

Resulta interesante sobre este particular el caso europeo toda vez que en 30 Estados Europeos se ha creado la figura del Ombudsman de la niñez y adolescencia, tanto a escala nacional, como por territorios, estados, provincias o comunidades autónomas. La figura específica de Ombudsman de la Niñez y Adolescencia de forma independiente como sucede en Europa no existe en los Estados objeto del presente estudio.

Los Principios de París aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas establecen estándares mínimos que se aplican tanto para las defensorías generales como las especializadas en la protección de los derechos de grupos específicos de personas.

Esta evolución de la normativa internacional se encuentra acompañada por reformas legislativas a nivel nacional y por el reforzamiento de mecanismos –jurisdiccionales y no jurisdiccionales– destinados a la protección de los derechos de la niñez y al control de las políticas públicas destinadas a satisfacerlos, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la CDN, según el cual los Estados deben adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”²⁸.

Tanto la literatura especializada en la protección de los Derechos Humanos de la niñez, como diferentes foros u organismos internacionales, han destacado la importancia de estas instituciones públicas independientes como un modo eficaz para avanzar en la protección de los derechos de los niños y dar cumplimiento a las obligaciones que los Estados adquirieron al ratificar la CDN.²⁹

En América Latina resulta interesante la coincidencia temporal entre tres procesos: a) el reconocimiento normativo de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes a partir de 1989, b) la reconstrucción y fortalecimiento de los sistemas democráticos y c) la recepción y desarrollo propio de la tradición de los Ombudsperson ya extendida por Europa.³⁰ Con estos desarrollos institucionales se pretende superar la debilidad de las instituciones judiciales y de gobierno para proteger efectivamente los derechos de los niños, de acuerdo a las nuevas concepciones jurídicas y sociales.

actividades específicamente dedicadas a los derechos del niño”. *El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*. CRC/GC/2002/02.

²⁸ Sobre la CDN véanse Himes (1995), Detrick (1992) y Álvarez-Vélez (1994).

²⁹ Según UNICEF las defensorías son relevantes para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la CDN y el propio Comité de los Derechos del Niño ha identificado su existencia como un indicador del avance en la protección efectiva de los derechos de la infancia. Véase UNICEF/Innocenti Research Centre (2001: 1).

³⁰ En el caso de España desde la Constitución de 1978 se empieza a desarrollar una tradición importante en el ámbito de las Defensorías del Pueblo de carácter general y también las especializadas en infancia, sobre la instalación de esta institución en España, véase entre otros Corchete Martín (2001). Esta evolución en el mundo hispano impulsará también la difusión de estas instituciones en América Latina.

La relevancia de estas instituciones independientes de protección de derechos de la niñez y adolescencia se fundamenta también en la necesidad de consolidar la reciente y aún poco asentada concepción de la **infancia como sujeto de derecho**,³¹ lo que explica que estas instituciones en América Latina cumplan importantes funciones en el ámbito de la promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia.

La creación de los Ombudsman de la niñez³² en el marco de un amplio programa normativo de los derechos de la infancia, impulsado a partir de 1989 por los procesos de ratificación de la CDN, se podría inferir como una característica que marca la actividad de estas instituciones en la región.

En el caso de los Ombudsman específicos de la niñez, resulta sumamente relevante que Noruega crea su Ombudsman de la Niñez en 1981. Posteriormente, en América Latina,

Costa Rica es el primer Estado en crear un Ombudsman de la niñez en el año de 1987. Guatemala por su parte, también establece esta figura pocos años después.

Particularmente en América Latina, se vincula con los procesos de ratificación de la CDN. Por ello se trata de la confluencia de dos tradiciones (Borgen, 1996:541), una de carácter normativo –dado principalmente por la CDN- y la otra de tipo institucional.

1.5 PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA POR INSTITUCIONES INDEPENDIENTES

Si bien desde hace bastante tiempo se encuentran antecedentes de instituciones independientes dedicadas a la defensa de la infancia, así como de defensorías generales de los derechos humanos, después de la aprobación de la CDN se establecen numerosos organismos especializados en la protección de los derechos de los niños ya que la existencia de cuerpos legales formalizados, a nivel nacional e internacional, son una condición necesaria para su funcionamiento como organismos que controlan la vigencia de sus derechos.

Para diferenciar a las actuales defensorías de derechos de la infancia, en el marco de las instituciones nacionales de derechos humanos, de otras instituciones que le antecedieron, es necesario resaltar que estos organismos no abogan ya por una concepción general del

³¹ Un tratamiento teórico sobre este asunto en Fanlo (2002) y Cillero y Madariaga (1999).

³² Para los efectos del presente documento se hará alusión a Ombudsman o Defensorías de las Niñez y Adolescencia como sinónimos de las oficinas, áreas, direcciones, unidades o programas especializados para los derechos de la niñez y la adolescencia en el marco de las INDH.

bienestar de la infancia, sino –específicamente– por el cumplimiento de los derechos de los niños y de las obligaciones jurídicas de los Estados y los particulares.

Las nociones más amplias de bienestar de la infancia son precisadas en América Latina por la idea de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuestión que es también reconocida como eje central por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17 de 2002 de la Corte Interamericana que reconoce la existencia de un *corpus iuris* de protección de derechos de la infancia que favorece su bienestar y desarrollo y que debe vincular las acciones y medidas que tomen todos los entes públicos y privados.

La Infancia, considerada de acuerdo con la CDN³³ como aquel grupo humano compuesto por seres humanos hasta los 18 años incompletos, ha ido adquiriendo progresivamente un mayor reconocimiento y protección de sus derechos, desde la segunda mitad del siglo XX, hasta hoy. El hito más importante en este proceso ha sido la aprobación del texto de la CDN y su consecuente ratificación por casi todos los países del mundo.

Esta relación entre las funciones del Ombudsman y los derechos del niño, particularmente la CDN, es puesta de manifiesto por Grude Flekkoy (2002:405-416), quien sostiene, refiriéndose al caso noruego, que la defensa del *interés del niño y la vigilancia de las condiciones de su desarrollo* establecidas en la ley noruega, considera el monitoreo del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la ratificación de la CDN, esto es, el control de las acciones realizadas para la efectiva satisfacción de sus derechos y para la protección de las acciones u omisiones que vulneran dichos derechos.

Sin embargo, Grude Flekkoy advierte sobre el hecho que al Ombudsman no le corresponde ser el órgano responsable del cumplimiento de la CDN, sino tener un rol de monitoreo independiente de las acciones realizadas por el Estado, particularmente la Administración, en la satisfacción y protección de los derechos de los niños.

En este sentido debe dejarse en claro que aunque se trate de Ombudsman de derechos de los niños, su función no es de protección directa de derecho, sino que dice relación con la exigibilidad de derechos, la recepción de denuncias, el control de las acciones de la autoridad y la emisión de recomendaciones para los órganos públicos o privados que correspondan.

³³ Artículo 1. Definición de niño. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

1.6 OMBUDSMAN DE LA NIÑEZ EN LOS ESTADOS EN ESTUDIO

En este apartado revisaremos la evolución del Ombudsman, donde lo que nos interesa son las instituciones nacionales independientes encargadas de velar por el debido respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Si bien puede sostenerse que existe un amplio consenso en relación a la importancia de la existencia de instituciones nacionales dedicadas a la protección y promoción de derechos humanos, en el sentido en que lo establecen los Principios de París, también puede afirmarse que, al igual que con el Ombudsman general, no existe el mismo consenso en cuanto a en qué consiste exactamente este instituto; asimismo, tampoco existe una sola forma de referirse a él.

Para UNICEF, estas instituciones se pueden clasificar en 3 categorías, aunque su nombre y sus funciones son muchas veces intercambiables. Estas categorías son:³⁴

(i) **Ombudsman.** *Establecido usualmente para lidiar con quejas relativas a un aspecto particular de la administración pública (como la salud, la*

prisión, los impuestos, entre otros). La función del Ombudsman es monitorear la imparcialidad y la legalidad con la cual la administración pública protege los derechos de los individuos y proteger los derechos de aquellos que sean vulnerados en su ejercicio. Ahora, en relación con la infancia, el término Ombudsman se utiliza más ampliamente, esto es, como una institución de monitoreo, promoción y protección de los derechos de los niños.

(ii) **Institutos de Equidad.** *Establecidos con un mandato específico de protección de los derechos de grupos particularmente vulnerables (mujeres, discapacitados, grupos minoritarios, niños y adolescentes) frente a la discriminación en el ejercicio de sus derechos. Estos organismos reciben una variedad de nombres, incluidos el de Ombudsman y de comisionados o comisiones.*

(iii) **Comisiones de Derechos Humanos.** *Establecidas con un mandato general y amplio sobre la protección de derechos humanos, incluyendo la protección contra la discriminación, la protección de derechos civiles y políticos y también los derechos económicos, sociales y culturales.*

La expresión “instituciones independientes de derechos humanos de infancia” se usa genéricamente para referirse a todo ente o institución establecida por acto público (origen constitucional, legislativo o administrativo) con el mandato de promover los derechos de la

³⁴ Las tres categorías que a continuación se citan están tomadas de UNICEF/Innocenti Research Centre (2001: 2).

niñez.³⁵ En este mismo sentido, la Red Europea de Ombudsman de la Niñez³⁶, distingue entre las Oficinas independientes, nacionales o regionales, creadas por la ley específicamente para la promoción de los derechos del niño, de aquellas Oficinas independientes nacionales o regionales, creadas por ley para la promoción de los derechos humanos en general, pero que incluye un foco especial en los derechos de la infancia.

En los 14 Estados en análisis, se ha adoptado el segundo criterio, toda vez que no existe un Defensor u Ombudsman específico y autónomo para los derechos de la niñez, como lo existen en la mayoría de los Estados europeos. Es decir, **en América Latina se optó por la figura de un Ombudsman general que realiza la defensa de la totalidad de derechos humanos** consagrados en los ordenamientos jurídicos, si bien existen oficinas, áreas, adjuntías, programas o unidades especializadas (según el nombre que adapte cada institución) y a su vez una persona como principal responsable de las temáticas relacionadas con la niñez y la adolescencia. Estos responsables, en algunos casos, son a su vez responsables de poblaciones prioritarias relacionadas como lo son las temáticas de mujer y juventud principalmente.

Encontramos la figura de la Defensoría de la Niñez, más cercana a este segundo criterio, en tanto existen responsables de los derechos de la niñez dentro del contexto de protección general de derechos humanos, comúnmente denominada Defensoría del Pueblo y demás denominaciones adoptadas. En la mayoría de los casos quien es nombrado

Ombudsman o Defensor del Pueblo, es considerado el principal responsable de defender y promocionar los derechos de la niñez y adolescencia, así como de los derechos humanos de otras poblaciones, si bien existe un Defensor o Responsable de los derechos de la niñez. Así, en América Latina es posible visualizar al Defensor de la Niñez como cuerpo especializado, instituido al alero de un Defensor general, o bien se contemplan las facultades y las responsabilidades de la defensoría de los derechos de los niños a los Defensores Generales.

Dicho lo anterior, llamaremos indistintamente a los Ombudsman de la Niñez y Adolescencia o Defensoría de la Niñez, institución que representa los intereses de la infancia y adolescencia, procurando que ellos sean materializados en leyes, políticas y prácticas. Dichos intereses no son ni más ni menos que sus derechos. Por su parte, como todo defensor promueve la transparencia de los actos de la Administración y fortalece los mecanismos de control y de rendición de cuentas en el marco del desarrollo de prácticas destinadas a favorecer un gobierno orientado al bienestar de la población infantil en el marco del respeto de sus derechos.

³⁵ UNICEF/Innocenti Research Centre (2001: 2).

³⁶ The European Network of Ombudsmen for Children. Referencia: <http://www.crin.org/enoc/>

2. MARCO TEÓRICO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

2.1 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU PROTECCIÓN EFECTIVA

La CDN marca un antes y un después en la forma de comprender y de tratar a la infancia. Como se dijo, si bien existieron instituciones que ejercían funciones de defensa de este grupo humano antes de la CDN, se trataba de abogar por una concepción general del bienestar de la Infancia y no –como ocurre después de la CDN– de la defensa y promoción de sus derechos que, como tales, tienen un correlato en las obligaciones jurídicas de los Estados y los particulares. El asunto de su defensa deja de tratarse de meras medidas de protección de los niños, en tanto objetos de tutela por parte del Estado, y pasa a ser un asunto de respeto y protección de derechos de los niños que se encuentran reconocidos en cuerpos legales formalizados.

Las Defensorías de la Niñez u Ombudsman de la Niñez y Adolescencia, actualmente deberían responder a un nuevo diseño institucional que resulta del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos humanos, esto es, como titulares de derechos subjetivos a los que se les reconoce la aptitud progresiva de ejercerlos por sí mismos y a ser oídos.³⁷ Por esto, es clave que la mirada que se de a estas instituciones se haga a través del prisma de la CDN, pues es en ella donde se encuentran las bases teórico-conceptuales que explican la esencia de estas Defensorías, esencia que está definida por la perspectiva de derechos que viene a reemplazar la perspectiva tutelar o asistencial.

El artículo 4 de la CDN establece que los estados *“adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Esta disposición resulta fundamental para comprender lo que ha sido el desarrollo de instituciones nacionales independientes de promoción y protección de los derechos de los niños. Constituye parte tanto del marco teórico como del normativo. En tanto elemento del marco teórico, este artículo pone de manifiesta una obligación concreta de los Estados Parte:

³⁷ Según lo dispone el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre esto véase Cillero (2002).

adoptar *todas* las medidas. Dentro de estas posibles medidas, se encuentra la creación de Defensorías de la Niñez u ONA, sea como institutos de carácter general con mandato especial

para la protección y promoción de los derechos de la infancia, o como institutos especialmente mandatados para la protección y promoción de los derechos de la infancia.

Así, la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de toda índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la CDN, sumada a la particular posición de la Infancia en la vida pública y también privada –posición representada para éstos efectos en las razones que esgrime el Comité de Derechos del Niño para fundamentar y para abogar por la existencia de instituciones nacionales independientes de derechos humanos encargadas y mandatadas especialmente por ley para velar por los derechos de los niños–, configuran el primer pilar o fundamento teórico en relación a la figura en estudio.

El segundo fundamento, está dado por el principio de protección prioritaria de los Derechos de los Niños.

2.2 PROTECCIÓN PRIORITARIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Como se ha señalado reiteradamente en la literatura especializada, la formulación del artículo 3 de la CDN proyecta el **interés superior del niño** hacia las políticas públicas y hacia la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista basada en el interés colectivo. El interés superior del niño, entendido como la satisfacción de sus derechos (Cillero Bruñol: 1999) provoca un efecto de *irradiación* sobre el conjunto del sistema. Los derechos humanos –y en este sentido el principio de interés superior que los garantiza específicamente para los niños- “ya no disciplinan únicamente a determinadas esferas de las esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas” (Prieto Sanchís 2007:216).

Por su parte, el órgano creado por la CDN para velar por el cumplimiento de los deberes del Estado que nacen con su ratificación, este es, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha expresado que existen motivos o razones específicas para velar porque se atienda especialmente a la protección de los derechos fundamentales de este grupo de personas.

Entre aquellas razones se cuentan las siguientes: que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a las violaciones de sus derechos humanos; que rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; los niños no tienen derecho a voto y no pueden

asumir un papel significativo en el proceso que determina la política pública en el ámbito de su interés; que los niños tienen considerables dificultades de acceso al sistema judicial para solicitar la protección de sus derechos; y, finalmente, que los niños tienen un limitado acceso a organizaciones que puedan defender sus derechos.³⁸

Cuando la CDN señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –es decir, sus derechos– no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Ahora, cuando existen conflictos de derecho, el principio de interés superior del niño también ha de utilizarse como herramienta de solución de aquel conflicto, de cara a lo establecido en la CDN.

Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, reitera que la protección, en sentido amplio, de los derechos de los Niños debe ser una prioridad dentro de Naciones Unidas. Vuelve a aparecer la idea contenida en el artículo 3 de la CDN; los niños tienen derecho a que frente a decisiones que se tome respecto de ellos o que afecten sus intereses, se tomen aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen y, más aún, que sus derechos sean reconocidos y protegidos de un modo prioritario que debe traducirse en ejercicios de ponderación – del legislador, el juez o la autoridad administrativa – que favorezcan su efectividad frente otros intereses colectivos.

Para organismos como UNICEF y el IIN, es claro que las instituciones independientes de derechos humanos dedicadas a promover y proteger los derechos de los niños, han sido esenciales en la disminución de la brecha entre retórica y realidad de los derechos, acercando a los Estados a aquello a lo cual se han obligado voluntariamente ratificando la CDN.

Por último, refuerza la idea de la protección prioritaria de la Infancia, el principio de igualdad ante la ley, el que, como sabemos, impone a veces el deber de distinguir con el objeto de satisfacerse. Así, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de derechos fundamentales que el Estado debe proteger igualmente. De este modo, en virtud del principio de igualdad se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

³⁸ UNICEF/Innocenti Research Centre (2001).

Es deber de los Estados procurar remover los obstáculos que impiden el goce efectivo de los derechos de los niños. Sólo así se puede dar cumplimiento al básico mandato democrático de garantizar la igualdad ante la ley. Si, como vimos, la Infancia está en una condición más vulnerable en relación a la protección de sus derechos, entonces se configura para el Estado un deber de tomar medidas para disminuir los efectos de esa vulnerabilidad. Importa en este punto recordar que la doctrina de los Derechos de los Niños, emana de la Doctrina General de los Derechos Humanos; así, los primeros sólo vienen a reforzar a los segundos, creando una especie de supraprotección de sus derechos, en tanto no suplen sino suman deberes correlativos de la familia, la sociedad y el Estado frente a ellos.

3. MARCO LEGAL

En este apartado expondremos qué instrumentos legales definen el marco normativo dentro del cual se inserta el Defensor de la Niñez, es decir, qué reglas de derecho determinan o describen directamente la necesidad, funciones y atribuciones de un Defensor de la Niñez (teniendo siempre en consideración que existe flexibilidad en cuanto a la forma final que este instituto tome en cada Estado, habida cuenta de las características propias de su diseño institucional).

Luego revisaremos en particular las características o cualidades mínimas que deberían tener las Defensorías de la Niñez según los instrumentos legales que se analicen.

3.1 INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Tratándose de la Protección de los Derechos del Niño, es absolutamente necesario decir que estamos en el ámbito de los Derechos Humanos, razón por la cual se hacen aplicables y pertinentes todos los tratados sobre derechos humanos, así como también la legislación interna que se refiera a los derechos fundamentales. La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la **Declaración de Ginebra** de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, en el **pacto de Derechos Civiles y Políticos** (en particular, en los artículos 23 y 24), en el **pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados. En el ámbito del sistema interamericano, debemos considerar también a la **Convención Americana de Derechos Humanos** o **Pacto de San José** (artículo 19) y el **Protocolo adicional, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, conocido como **Pacto de San Salvador** (artículo 16).

Luego, y como referencia más directa, debemos incluir 3 instrumentos específicos, a saber: la **CDN** (de carácter vinculante), la **Observación General Número 2** del Comité de Derechos del Niño y los **Principios de París** que son orientaciones que deben guiar a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, que si bien no son directamente vinculantes, tienen valor para la interpretación del alcance y los estándares de cumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos de los niños contenidos en los tratados.

La **CDN** es el tratado más importante sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, en tanto representa un amplio consenso mundial, en cuanto a que un estado democrático saludable debe impedir que existan grupos humanos excluidos del goce de sus derechos fundamentales, en base al principio de igualdad ante la ley. La CDN es la manifestación del

acuerdo sobre la responsabilidad que tienen los Estados, la familia y la comunidad frente a los niños; en ella se establecen obligaciones cuyo cumplimiento es necesario para hacer realidad el goce efectivo de los derechos de la Infancia. Así, en virtud del principio de igualdad ante la ley, la CDN establece una especial protección jurídica de los niños. Esta se materializa en un catálogo específico de derechos que se suma al catálogo general de derechos humanos. Asimismo, contiene principios estructurantes que sirven al desarrollo y aplicación de sus reglas, dentro de los cuales cabe destacar el principio del interés superior del niño, el principio de autonomía progresiva y el niño como sujeto de derechos.

La **Observación General Número 2**³⁹ (en adelante OG N° 2, instrumento normativo no vinculante), del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, es un instrumento en el cual consta una interpretación de dicho Comité, en relación a cómo deben cumplir los Estados Partes con sus obligaciones conforme a la CDN, en particular con la obligación de adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. A decir del Comité, las instituciones nacionales independientes de derechos humanos representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la CDN, y el Comité de los Derechos del Niño considera que el establecimiento de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados Partes al ratificar la CDN de garantizar su aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño. A este respecto, el Comité ha acogido con satisfacción el establecimiento de instituciones nacionales de derechos humanos y de defensores o comisionados del niño y órganos independientes análogos para la promoción y vigilancia de la aplicación de la CDN en diversos Estados Partes.

Se trata de un instrumento que alienta a los Estados a tomar en cuenta la importancia del papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la labor de promoción y protección de los derechos del niño y define ciertos estándares en relación a las características que deberían tener, considerando los Principios de París. De esta forma, el Comité se refiere al mandato y facultades de estas instituciones; a las características de su proceso de establecimiento; a la necesidad de que cuente con recursos económicos en cantidad razonable, esto es, que haga posible el ejercicio real de su mandato y facultades; también se refiere a la necesidad de la representación pluralista de su composición; a la necesidad de contar con recursos efectivos frente a la violación de los derechos del niño; y por

³⁹ Naciones Unidas, Comité de 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.

último –como estándar mínimo– trata de la accesibilidad y la participación de los niños en este instituto.

Por su parte, los **Principios de París** (instrumento normativo no vinculante), aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, representan la principal fuente de estándares normativos para las instituciones nacionales de derechos humanos.

Estos Principios establecen un conjunto de requisitos jurídicos mínimos con los que debe contar una institución nacional de protección de derechos humanos, para ser considerada como tal. Estos mínimos permiten respetar la diversidad y pluralidad de las Instituciones, y reconocen que cada una se enmarca dentro de una tradición jurídica específica y tiene que adecuarse al contexto de derechos humanos que se vive en cada país. Se pueden concebir diversos modelos de institución nacional toda vez que se cumplan son algunas cualidades generales. Los Principios de París se concentran en tres ámbitos: (i) la competencia y responsabilidades de las Instituciones Nacionales; (ii) su composición y las garantías de independencia y pluralidad que requieren para desempeñar sus tareas; y (iii) los métodos de operación y su relación con otros actores, como lo son las organizaciones de la Sociedad Civil.

Dentro de la dimensión relativa a su competencia y responsabilidad, los Principios de París establecen un conjunto importante de estándares, tales como: que el mandato que se le otorga sea lo más amplio posible y abarque tanto la protección como la promoción de los derechos humanos; que su fundamento jurídico sea la Constitución o, al menos, una ley general emanada del Poder Legislativo; y que tengan la facultad de elaborar informes sobre la situación nacional en materia de derecho humanos en general o sobre cuestiones más específicas.

En relación con su composición y el grado de independencia y pluralidad, los Principios de París exigen algunas condiciones básicas, tales como: que los métodos de elección de los miembros y el personal de las Instituciones Nacionales garanticen la representación plural de todos los sectores sociales; que se le dote de una infraestructura adecuada y recursos económicos suficientes para realizar sus labores; que tenga autonomía de decisión y de acción en relación con el Poder Ejecutivo y que no estén sujetas a ningún control financiero que pueda afectar su funcionamiento.

Finalmente, en lo referente a los métodos de operación, se contemplan un conjunto de facultades que las Instituciones Nacionales deben poder ejercer. Algunas de ellas son: examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia; acceder a toda la información y documentos necesarios para el examen de la situación de los derechos humanos en el país; dirigirse a la opinión pública directamente para dar a conocer

sus opiniones y recomendaciones; y mantener relaciones de coordinación con otros órganos, jurisdiccionales o de otra índole, encargados de la promoción y protección de los derechos humanos.

De manera transversal a estas tres dimensiones, los Principios de París hacen un gran énfasis en la relación que las Instituciones Nacionales deben guardar con las organizaciones de la Sociedad Civil encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos.

3.2 ESTÁNDARES NORMATIVOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS OMBUDSMAN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En este punto presentamos estándares para el análisis de las Defensorías de la Niñez, basados en todo lo anteriormente estudiado, con un énfasis particular en el marco legal que encuadra la institución.

Cabe hacer presente que estos estándares o criterios fueron elaborados especialmente por el consultor a cargo de la consultoría, en base a la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño y a lo anteriormente estudiado en el contexto de este trabajo.

Así, por ejemplo, podemos adelantar que dentro de estos criterios deben contemplarse los siguientes cuatro elementos:

- (i) **Estabilidad y poder suficiente.** Un indicador relevante está dado por el reconocimiento constitucional o legal. La creación al menos por ley de la oficina encargada de promover y proteger los derechos del niño, asimismo su mandato y facultades. Otro indicador importante, dice relación con la forma en que se financia. Es importante saber cuáles son los límites a su facultad de investigación y los límites y las características de su facultad de tomar medidas.
- (ii) **Garantía de Independencia.** El lugar que tenga la Defensoría de la Niñez en el organigrama general de la Administración Pública y su relación con los poderes del Estado, debe ser tal que no se impida el logro del objetivo de la Defensoría.
- (iii) **Accesibilidad y Participación de los Niños.** Importa saber si existen o no mecanismos explícitos que garanticen la participación del niño y su derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente considerada.
- (iv) **Composición representativa.**

Adicionalmente, corresponde referirse, en su oportunidad, al rol de estas Defensorías en la elaboración del Informe País al Comité de Derechos del Niño, y a la relación que tiene la Defensoría de la Niñez con las ONGs de Infancia y con los Organismos Internacionales.

3.3 ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DE LAS DEFENSORÍAS ESTUDIADAS EN RELACIÓN A LOS ESTÁNDARES NORMATIVOS

I. Establecimiento de los Ombudsman

En la mayoría de los Estados involucrados en el presente estudio (13), cuentan con una institución nacional de derechos humanos de tipo A⁴⁰, es decir, que su constitución se ha realizado en conformidad con los Principios de París. Esto significa que en estricto rigor, solamente en 13 de los 14 Estados cuentan con una Institución Nacional de Derechos Humanos propiamente dicha. Es relevante, sin embargo; destacar que el Estado que no cuenta en la actualidad con una INDH de tipo A, dispone de una institución que realiza acciones de defensa y promoción de los derechos reconocidos a sus ciudadanos, lo cual realiza en cumplimiento de una disposición de orden constitucional, siendo que éste órgano no tiene rango constitucional de forma directa si bien depende de una entidad con rango constitucional.

De las 13 INDH objeto del estudio, se ha podido comprobar que 12 de estas tienen rango constitucional, tanto a nivel funcional como orgánico, lo cual representa un elemento fundamental respecto de la fortaleza institucional que le proporciona ese rango normativo. De estas 12 instituciones, 11 ostentan el rango constitucional con absoluta independencia de otro ente, si bien en las 12 se cumple el elemento fundamental de la independencia con respecto a las entidades estatales sobre las que fiscaliza el cumplimiento y respeto de los derechos humanos. Su razón de ser como entes estatales, al igual que sus principales facultades y atribuciones, es posible conocerlas directamente en la mayoría de los textos constitucionales. Básicamente, la aparición de estos entes en la región data de los primeros años de la década de los años 1990, durante el período de elaboración, discusión y aprobación de los Principios de París, así como después de estos.

Específicamente respecto de los derechos humanos de la niñez, en las INDH de la región –que en su mayoría reciben la denominación de Defensor del Pueblo- aluden a un organismo encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos en términos

⁴⁰ Tabla de Estado de Instituciones Nacionales. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Obtenida de la Red Mundial el 13 de Julio de 2011 en su versión en inglés disponible en dirección electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Countries/NHRI/Chart_Status_NIs.pdf

amplios. En el marco de estos organismos de derechos humanos con mandato amplio, han asumido en su estructura administrativa la existencia de una oficina, encargada de la defensa y garantía de los derechos en materia de infancia y adolescencia, y en algunos casos también de temas de familia en general.

Esta creación de oficinas encargadas de los derechos humanos de la niñez al interior de los organismos de promoción y protección de los Derechos Humanos, corresponde en muchos casos a una respuesta a los cambios normativos al interior de cada país o a la promulgación de nuevas leyes o códigos vinculados a la niñez. La principal consecuencia de esto para el Ombudsman, además de asumir nuevos mandatos legales, deberes y obligaciones, fue la necesidad de dar una respuesta orgánica a las nuevas funciones encomendadas por el legislador. Lo que en muchos casos se tradujo en la creación de las aludidas oficinas de la niñez.

II. Objetivos: promoción y protección de DDHH

Como se ha señalado anteriormente, los principales fines que se le reconocen al Ombudsman en la actualidad son la promoción y protección de los DDHH. A este respecto, los Principios de Paris en su letra A, acerca de las Competencias y Atribuciones, N° 1 señalan como ámbito de competencia de este tipo de órganos la promoción y protección de los DDHH. En igual sentido se manifiesta la OG N° 2 en relación a los derechos humanos de los niños.

Los Ombudsman de la región se encuentran dotados de facultades en el ámbito de la promoción de los Derechos Humanos, descritas con bastante amplitud, haciendo eco de lo establecido en los Principios de Paris. El Ombudsman con estas facultades asoma como un verdadero agente consultor u orientador al interior de la Administración en materia de DDHH. Desarrollando, de esta manera, una función preventiva en lo que es la vulneración de los Derechos Humanos, tratando de fomentar por esta vía su respeto.

Ahora bien, la función histórica que se ha atribuido a los Ombudsman, es el control de la aplicación de leyes por parte de los órganos de la Administración del Estado. La cual en la región no ha sido consagrada con la misma fortaleza que el rol de promotor de los DDHH. En esta línea, es habitual encontrar que los informes emanados de los Ombudsman, acerca del grado de satisfacción y respeto de los DDHH al interior de cada Estado, carece de carácter vinculante para el resto de la Administración del Estado. Asimismo, el incumplimiento o inobservancia de sus recomendaciones no trae aparejada sanción alguna para la Administración, lo que en ciertos casos conduce a centrar el control jurídico de los actos de la Administración en la “legitimidad moral” del Ombudsman.

Lo anterior, evidencia un **desequilibrio con las funciones de promoción de los DDHH que se consagran respecto de los Ombudsman**, inclinadas hacia estas últimas.

Lo cierto es que para el Comité de Derechos del Niño “Se deben conferir a las instituciones nacionales las facultades necesarias para que puedan desempeñar su mandato con eficacia, en particular la facultad de oír a toda persona y obtener cualquier información y

documento necesario para valorar las situaciones que sean de su competencia. Tales facultades han de comprender la promoción y protección de los derechos de todos los niños que estén bajo la jurisdicción del Estado Parte en relación no sólo con el éste sino también con todas las entidades públicas y privadas pertinentes.”⁴¹

III. Independencia del Órgano

La OG N° 2 señala la preocupación del Comité porque la promoción y protección de los derechos del niño se efectúe por una institución independiente, esto cualquiera sea la forma que la institución posea. Si es de interés del Comité que la independencia de la institución no sea vea afectada por algún control financiero a que pudiese estar sometida. Igualmente, importa a Comité que los distintos sectores de la sociedad civil interesados en la promoción y protección de los DDHH puedan estar representados en el órgano. Por su parte, los Principios de París reiteran el pluralismo como un elemento de composición de la institución.

El Ombudsman en varios casos de la región ha sido dotado de autonomía constitucional, que implica que no ha sido suscrito en su actuar a los órganos encargados de desarrollar las funciones tradicionales: ejecutivas, legislativas, judiciales y fiscalizadoras. Erigiéndose como independiente de estos.

Por otra parte, la idea de que el titular, jefe del órgano, sea nombrado por el parlamento, como se ha señalado anteriormente, se cumple en la generalidad de los casos de la región. Garantizando independencia de la Administración del Estado en lo que dice relación a su nombramiento. Específicamente, en cuanto al nombramiento del Ombudsman de la niñez, dado que la Defensoría de la niñez es mayoritariamente una sección, oficina o división del Defensor del Pueblo, la designación de quien detenta el cargo de Defensor de la niñez queda entregada al primero, quien determina la idoneidad del Ombudsman de infancia.

Respecto al aspecto económico, y como consecuencia de la autonomía constitucional que detentan muchos de los Defensores del Pueblo, la mayoría cuenta con independencia económica. Es decir, tienen partidas asignadas directamente en el presupuesto de cada nación. Lo que implica que no queda sujeto al control financiero de ninguna otra institución

⁴¹ Observación General N°2, párrafo 9.

más allá del control que pudiese efectuar el órgano Contralor que existe en cada país. En estos casos, y considerando que el Ombudsman de niñez es parte del Defensor del Pueblo, financia su actuar con dichos fondos, en la dirección de lo señalado en la OG N° 2.

IV. Principales Funciones:

a) Requerimiento de Información: Monitoreo

Prácticamente todos los países consultados de manera uniforme han entregado a su Defensor del Pueblo la facultad de poder requerir información de las diversas entidades que componen la Administración del Estado, a fin de ejercer una función de monitoreo del grado de observancia que las agencias del Estado le están dando a los DDHH. Cumpliéndose de esta manera con uno de los deberes principales que consagran los Principios de Paris para este tipo de instituciones, en cuanto a sus modalidades de funcionamiento.

b) Recepción de Denuncias

Los Principios de Paris establecen facultativamente la posibilidad del que el Ombudsman reciba y examine denuncias por parte de particulares por vulneración de DDHH. En la región la mayoría de los países han consagrado esta facultad como prerrogativa de los Defensor del Pueblo. En algunos casos con mayor amplitud, detentando incluso un rol de mediador en determinados tipos de conflictos.

Al respecto, la OG N° 2 cuando trata de violaciones de los derechos de los niños eleva el estándar de los Principios de Paris señalando que la instituciones nacionales de DDHH *deben* estar facultadas para examinar las quejas y peticiones individuales, incluso llevara a cabo investigaciones, por violación a sus derechos. En esta dirección, la mayoría de los Ombudsman de la región carecen de estas facultades con este nivel de amplitud, la cual es posible encontrar en algunos países pero genéricamente establecida para el Defensor del Pueblo.

a) Legitimación Procesal

A diferencia de lo establecido en los Principios de Paris, existen en la región Ombudsman dotados de legitimidad procesal y con un mandato expreso de recurrir a los Tribunales de Justicia en caso de vulneración de derechos colectivos de los ciudadanos.

La OG N° 2 en el caso de violaciones a los derechos de los niños señala que este tipo de instituciones debe tener la facultad de intervenir en las causas judiciales para informar al tribunal del caso acerca de las cuestiones de DDHH involucradas. En la región no se divisa de manera clara esta facultad en los Ombudsman de infancia.

V. Carácter vinculante

Se constata que la labor de los Defensores del Pueblo, tanto en materia de DDHH como en temas de niñez en particular, no resulta vinculante para los órganos monitoreados. Es decir, sus resoluciones, informes y requerimientos, no contemplan una sanción a su incumplimiento por parte de la Administración del Estado. Por lo tanto, el cumplimiento u observancia queda entregado a las prácticas políticas e institucionales que se generan al interior de cada comunidad. Siendo mera liberalidad de la Administración la observancia de los DDHH, atenuando de este modo la función protectora encomendada a los Defensores del Pueblo.

En palabras de la Sala Constitucional de Costa Rica, *“la eficacia del Ombudsman depende, en gran medida, de la legitimidad moral que aquél alcance ante los ojos de la ciudadanía”*⁴².

Sobre esta materia parece existir algún consenso, según lo estudiado hasta ahora, en relación a la ausencia de poder de imperio de las recomendaciones que hacen estos Ombudsman, las razones pueden ser variadas y ameritan un análisis específico que dejaremos fuera de este documento por ahora. Lo que queda abierto a revisión crítica es la falta de carácter vinculante de las demás actuaciones de esta entidad, esto es por ejemplo sus requerimientos de información, que parece esencial en la labor que están llamados a cumplir.

⁴² Voto N° 7730-2000. La Sala Constitucional se refiere en esta y otras resoluciones sobre este mismo aspecto (ejemplo Voto 4079-95) a una particularidad del control de legalidad atribuido a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, esta es que ejerce dicho control a través de recomendaciones que no tienen carácter vinculante para los órganos o funcionarios a los cuales se dirigen. Su actuación tiende a recomendar o proponer cuáles son las medidas que considera deben ser adoptadas en resguardo del buen funcionamiento de la Administración y del respeto de los derechos de los ciudadanos, sin que se exprese un poder de decisión unilateral.

En este sentido se alude a la *magistratura de influencia*, entendida como aquella que basa su *potestas* en su *autoritas* dada por su excelencia técnica y por la credibilidad que le da su independencia e imparcialidad.

Creemos que sin lugar a dudas la buena fama, legitimidad moral o la calidad ética que se le reconozca a la figura del Defensor es muy importante, en tanto facilita la implementación efectiva de sus recomendaciones. Sin embargo, debe siempre tenerse en cuenta que para que esto pueda funcionar el organismo controlador debe tener claras facultades, competencias y recursos para acceder a toda la información que sea necesaria para el logro de su cometido. Asimismo, creemos que deben siempre resguardarse y reforzarse aquellas cualidades que se han establecido en los distintos instrumentos normativos revisados, en relación al resguardo de su independencia e imparcialidad.

4. DESAFÍOS DE LAS DEFENSORÍAS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En aquellos Estados en los cuales aun hay diferencias importantes entre la legislación interna y la internacional convencional, estas defensorías pueden cumplir un rol relevante en la labor de disminuir dichas diferencias, procurando proponer reformas a la legislación interna con el objeto de adecuarla a los principios, directrices y derechos contenidos en los tratados internacionales, particularmente en la CDN y el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

Ahora, para la eficacia de las Defensorías de la Niñez no bastará su sola instalación en el organigrama público de un Estado, en el caso de las que han sido estudiadas, en el marco de la INDH. Una existencia eficiente o exitosa, sobretodo en América Latina, deberá propender además de a la reforma legislativa, al desarrollo de una cultura de derechos, a la coordinación de los servicios sociales destinados a satisfacer los derechos de los niños de modo de evitar las disparidades en su acceso y calidad, y al fortalecimiento de mecanismos de exigibilidad de los derechos de los niños que permitan resolver conflictos entre distintos servicios sociales y la infancia, a través de procedimientos especializados.

En este contexto, se concibe una figura legal de derecho público, de carácter independiente, dedicada a promover una cultura de respeto a los derechos del niño en la sociedad, materializada en el diseño y la ejecución de la política pública: el Ombudsman de la Niñez.

Un desafío importante para algunas de las INDH en términos generales, y en especial respecto de los derechos de la niñez y la adolescencia, radica en la necesidad de que le sean ampliadas sus facultades o poderes de investigación, de manera que se incremente su libertad para inspeccionar toda situación violatoria de derechos humanos, sin que para ello deba mediar ningún tipo de autorización de las autoridades administrativas.

Las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos es un concepto que agrupa aquellos organismos independientes que tienen como función específica la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual generalmente están dotados de facultades administrativas, no jurisdiccionales ni legislativas. Estas instituciones desarrollan su labor principalmente a través de la elaboración de recomendaciones y reportes generales y, en algunos casos, por medio de la investigación y resolución de reclamos interpuestos por individuos o grupos por violaciones de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Vélez, M.I. (1994), *La Protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Facultad de Derecho-ICADE, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- BORGEN, M.: “Developing the Role of an Ombudsman” en VERHELLEN, E. *Monitoring Children’s Rights*. Ed. Martinus Nijhof, The Hage, 1996, pp. 541-555.
- CARBONELL, M. (2007), editor “Teoría del Neoconstitucionalismo”, ed. Trotta, Madrid, 2007.
- Cillero, M. (2002), “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios”, *Justicia y Derechos del Niño*, N.º 3, UNICEF.
- Cillero, M. (2004), “Defensorías de la Infancia. Experiencia Internacional”, *Justicia y Derechos del Niño*, N.º 6, UNICEF.
- Cillero, M. (1998), “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional de Derechos del Niño”, en GARCÍA MÉNDEZ Y BELOFF, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis Depalma, Bogotá, Buenos Aires.
- Cillero, M. y Madariaga, H. (1999), *Infancia, Derechos y Justicia. Situación de los Niños en América Latina y la Reforma legislativa en la década de los noventa*, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile y UNICEF, Santiago.
- Corchete Martín, M.J.: “El Defensor del Pueblo y la Protección de los Derechos”, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
- Detrick, S. (1992), *The United Nations Convention on the Rights on the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.
- Fanlo, I. (2002), “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate”, *Justicia y Derechos del Niño*, N.º 4, UNICEF.
- GRUDE FLEKKOY, M.: “The Ombudsman for Children: conceptions and developments” , en FRANKLIN, B. (editor): “The New Handbook of Children’s rights. Comparative Policy and Practices”, Ed. Routledge, London, 2002, pp. 404-419.

- Himes, J. (1995), *Implementing the Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.
- MEDINA QUIROGA, C.(1993): “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico chileno”, en “Constitución, Tratados y Derechos Esenciales”, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago.
- Mora, A. (2003), *Libro del Defensor del Pueblo*, con la colaboración de María José Imbernón García, Ed. Defensor del Pueblo, Madrid.
- Naciones Unidas (2003), Comité de 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.
- Naciones Unidas (1993), *Fact Sheet No. 19, National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, Ginebra.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2007), “El Constitucionalismo de los Derechos”, contenido en CARBONELL, M (2007), pp. 213-235.
- REIF, L.C. (2004): “The Ombudsman, good governance, and the International Human Rights System”, Martinus Nijhof publishers, Leiden.
- Tello, C. (2006), “El Defensor del Niño: ¿Una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas?”, *Revista Derechos del Niño*, N.º 3 y 4, Universidad Diego Portales, Santiago.
- UNICEF/Innocenti Research Centre (2001), “Independent Institutions Protecting Children’s Rights”, *Innocenti Digest*, N.º 8, Florencia, Italia.
- VERHELLEN, E. (ed.): *Monitoring Children’s Rights*. Ed. Martinus Nijhof, The Hage, 1996.
- VIVEROS, F. (2008), *Ejes fundamentales para un sistema integral de protección de derechos de Infancia y Adolescencia*, Santiago, disponible en www.comunitarios.cl.
- ZOLO, D. (2001), “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales”, contenido en FERRAJOLI, L.: “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, ed. Trotta, Madrid, pp. 75-104.