



BOLETÍN N°2

“ENFOQUE DE DERECHOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: LOS PRINCIPIOS GENERALES”

Resumen Ejecutivo

PRESENTACIÓN

En el marco del proyecto institucional “Mi Voz en la Constitución” y en cumplimiento del mandato legal establecido para la Defensoría de la Niñez en la Ley N°21.067 es que se publica el segundo Boletín sobre “Enfoque de derechos en el reconocimiento de la niñez y adolescencia en la nueva constitución: los principios generales”, que tiene por objeto sentar los lineamientos principales que deben tener estos para realmente reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos en la norma constitucional.

La Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por el Estado de Chile en 1990 implicó un cambio paradigmático al respecto, interpelando a la sociedad a reconocer a las infancias como sujetos de

derechos con capacidad de agencia. Sin embargo, aún existen serios desafíos a nivel normativo y de políticas públicas, así como socioculturales que permitan reconocerlos como tales, siendo el proceso constituyente una oportunidad clave para avanzar sustancialmente en ello.

Lograr el reconocimiento implica darles visibilidad, agencia y exigibilidad¹, lo que incide en diversos temas dentro de las normas constitucionales: reconocimiento explícito como sujetos de derechos, ciudadanía, jerarquía constitucional de los tratados, principios de igualdad y no discriminación, rol de los garantes de derechos, mecanismos de priorización, principios de actuación y modelos de política social; así como, de existir, el preámbulo constitucional.

¹ O' Mahony, Conor (2019). “Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability”, *Human Rights Law Review*.

Esferas de reconocimiento de O' Mahony, 2020



Implicancias en norma constitucional



RECONOCIENDO LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHOS

Es relevante reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en la Constitución Política, dado que uno de los factores que ha incidido en las vulneraciones de las que han sido víctimas, es precisamente su ausencia en el reconocimiento en el texto constitucional, de modo que reconocerles de manera expresa, implica un resguardo de sus derechos. Lo anterior, al establecer mandatos claros a los órganos del Estado, de proteger, garantizar y respetar sus derechos, para delinear las interpretaciones administrativas como judiciales, de modo de evitar que se restrinjan sus derechos como consecuencia de su invisibilización². De lo contrario, se mantendrán invisibilizados y supeditados al mundo adulto, perjudicando la protección de sus derechos y su capacidad de agencia en la práctica³.

Por ello resulta del todo relevante reconocer a los niños, niñas y adolescentes como

sujetos de derechos en la Carta Fundamental, en tanto es el pacto social sobre el cual se estructura la sociedad y fundamentalmente responde a la pregunta sobre qué tipo de sociedad se quiere construir. Es la norma jurídica de mayor jerarquía a través de la cual se regula la organización y funcionamiento de los poderes públicos, se limita y organiza el poder político y se garantizan derechos y libertades de las personas de una nación, dentro de los cuales se incluyen los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Si bien no todas las Constituciones, a nivel comparado, reconocen de manera expresa los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño, el año 2003, manifestó su satisfacción en la inclusión de los derechos de niñez y adolescencia en las constitucionales nacionales, pues aquello contribuye a destacar la idea fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño, “que los niños, al igual que los adultos, son titulares de derechos humanos”⁴.

² Muestra de ello es el reciente fallo del Tribunal Constitucional en que acoge la inconstitucionalidad de una serie de normas de la ley de garantías que decían relación con la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, reconocidas en el ámbito internacional, al que Chile se encuentra obligado.

³ Lovera, Domingo (2021). Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura.

Disponible en: <https://plataformacontexto.cl/descargable/reconocimiento-constitucional-de-ninos-ninas-y-adolescentes-agencia-presente-y-futura/>.

⁴ Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación General N° 5 sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, parr. 21. Disponible

CONCIBIENDO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO CIUDADANOS

En la Constitución vigente existe un concepto de ciudadanía muy limitado, que, además, deja fuera de ese concepto a niños, niñas y adolescentes, personas privadas de libertad y personas de una nacionalidad distinta a la chilena. Esto devela la importancia de plantear un concepto más amplio y comprehensivo de la ciudadanía, que vaya más allá del voto y la representación para cargos públicos. En palabras del académico chileno Domingo Lovera, debemos pasar de una de una ciudadanía legal, entendida como la que habilita solo a los adultos a participar a través del voto, a una ciudadanía constitucional, que reconozca los derechos y garantías de la niñez y adolescencia, su capacidad de agencia como sujetos de derecho, con sus propias formas de participar y no como réplica de los modelos adultocéntricos.

En ese sentido, considerando que niñas y adolescentes son sujetos de derecho con capacidad de agencia, se recomienda reconocerlos como ciudadanos y ciudadanas en el nuevo texto constitucional. Esto ayudará a fortalecer la democracia para las generaciones presentes y futuras, porque implica que cada persona tiene derecho a opinar sobre los asuntos públicos, permitiendo llegar a acuerdos integrando la diversidad e intergeneracionalidad.

ESTABLECIENDO JERARQUIA CONSTITUCIONAL DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El establecimiento de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la nueva Constitución es un tema sumamente relevante para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Actualmente la ausencia de

reconocimiento explícito del rango constitucional de dichos tratados ha incidido en la dificultad que han experimentado los órganos del Estado, al momento de aplicarlos en la práctica.

En este sentido, es ilustrativo, lo que ha ocurrido con la extensa y dificultosa tramitación del Proyecto de Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile y la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (julio de 2021) sobre el requerimiento de inconstitucionalidad de tres preceptos de dicha ley. El voto de mayoría, acoge el requerimiento por estimar que los preceptos de ley dan cuenta de una “excesiva interferencia regulatoria del Estado” en el espacio de libertad de las familias, espacio que consideran, erróneamente por cierto, “esencialmente desregulado desde el punto de vista jurídico”, donde predomina una regulación social doméstica (considerando 4). Estas situaciones, entre otras, reflejan la falta de coherencia e incluso de contradicción entre la normativa interna y aquella establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En Chile, no existe una única postura en relación con el rango constitucional que deben tener los tratados internacionales de derechos humanos, sin embargo, la mayoría de los especialistas en la materia están de acuerdo sobre la jerarquía constitucional que debiesen tener. A su vez esta interpretación coincide con la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Suprema. Sin embargo, se advierte que además del estableciendo la jerarquía constitucional de dichos tratados, la dificultad se presenta en los casos de contradicción normativa, o de antinomia entre la normativa interna e internacional. En este escenario se observa la dificultad al momento de definir la norma a aplicar y, por tanto, la falta de certeza jurídica para los

jueces y la sociedad en su conjunto, lo que a todas luces es un problema. Asimismo, representa un desafío la armonización de los derechos y principios reconocidos en el ámbito doméstico con aquellos establecidos en tratados internacionales.

Desde esta perspectiva la Nueva Constitución debe reconocer de manera explícita el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, esto no basta, sino que además sería necesario acompañar este reconocimiento con principios interpretativos, que obliguen a los órganos del Estado a interpretar de manera conforme las normas constitucionales con aquellas establecidas en tratados internacionales de derechos humanos.

La articulación efectiva y armónica entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos humanos, permitirá contar con un mayor dinamismo en la comprensión e interpretación de los derechos en el ámbito doméstico, así como reforzar su protección, lo que en relación con los derechos de la niñez y la adolescencia resulta prioritario. Solo de esta manera se podrá garantizar una aplicación efectiva de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno y, en definitiva, se podrá asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales comprometidas por el Estado de Chile.

CONSAGRANDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona, lo que la hace incompatible con tratos discriminatorios de privilegio o inferioridad. Es en ese sentido

que este principio, está intrínsecamente unido al de la no discriminación.

Este principio involucra el deber del Estado de abstenerse de discriminar, directa o indirectamente, en los hechos o en el derecho, y a adoptar medidas para cambiar situaciones discriminatorias para evitar incurrir en responsabilidad internacional, particularmente al tratarse de grupos de especial protección, como son los niños, niñas y adolescentes⁵.

Los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos de toda discriminación, no solo proveniente del Estado, sino que también aquellas que puedan generar sus padres o representantes legales, de modo que la obligación del Estado, también se extiende a proteger a este grupo y proveerles de los cuidados que sean necesarios frente a cualquier forma de discriminación, explotación o abuso.

La regulación constitucional de este principio debe contemplar las categorías sospechosas de discriminación, respecto de las cuales está prohibido discriminar, por motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, entre otras, en reconocimiento de haber sido un grupo históricamente excluido⁶, lo que permitirá delinear el resguardo de sus derechos, así como también interpretar las diversas disposiciones constitucionales en la materia.

ESTABLECIENDO PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO SEGUN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Como ya se ha visto, la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos deriva en obligaciones para los

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia; Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 244; CIDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 147; CIDH. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113; Caso

González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 408.

⁶ Esparza, E. (2019). Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile. Doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13226>

Estados parte en materia de respetar, proteger y garantizar lo que en ellos versa. En ese sentido, es importante contar con principios generales que orienten el actuar del Estado para incorporar un enfoque de derechos en todas las medidas, de diversa índole, que ejecuta.

Es por ello necesario relevar en la nueva Constitución los principios emanados desde la Convención sobre los Derechos del Niño, entendiéndose la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el derecho a la participación⁷, así como también la autonomía progresiva⁸.

A continuación, se detallará lo que se entiende por estos principios:

- a) Igualdad y no discriminación: A todo niño, niña o adolescente se le respetará sus derechos y asegurará su aplicación sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Además, el Estado tomará todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño, niña o adolescente se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por motivo de las condiciones mencionadas anteriormente, ya sea por él o ella o sus padres o representantes.
- b) Interés superior del niño: En todas las acciones, propuestas, conductas, servicios, entre otros que realice el

Estado o las personas naturales, deberán considerar primordialmente el interés superior del niño, niña o adolescente, ya sea esto les afecte directa o indirectamente.

- c) Participación: Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar su opinión y a participar en los asuntos que les afectan. Ello implica el ejercicio del derecho a ser informado, a emitir opinión, a ser escuchado, a organizarse, y a incidir en las decisiones que se adoptan en temas que le involucran o interesan, teniendo en cuenta siempre los principios de no discriminación, la autonomía progresiva y el interés superior del niño
- d) Vida, supervivencia y desarrollo: todo niño, niña o adolescente tiene el derecho intrínseco a la vida y el Estado garantizará la supervivencia y el desarrollo holístico de estos, abarcando el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de los niños, niñas y adolescentes. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de toda la niñez y adolescencia.
- e) Autonomía Progresiva: todo niño, niña o adolescente tiene la capacidad y facultad para ejercer, con grados crecientes de independencia, sus derechos.

ESTABLECIENDO EL ROL DE LOS GARANTES DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Los derechos de la niñez y adolescencia deben efectivizarse por diversos actores

⁷ Estos cuatro principios generales se identifican en el siguiente texto: Comité de los Derechos del Niño (2003) Observación General N° 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párr. 12, pág. 5. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf>

⁸ Este principio fue relavado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en CIDH (2017) Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 337-352, pág. 137-142. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

llamados “garantes” siendo tres: el garante principal reflejado en el Estado, el garante co

responsable (sociedad civil) y el garante interrelacional (familias y comunidad)



El Estado tiene obligaciones legales, jurídicas, políticas, culturales y estructurales de generar condiciones para respetar (no interferir), proteger (impedir que terceros interfieran) y cumplir (hacer efectivos y generar medios necesarios) el ejercicio de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Esto implica también la generación de diversas garantías que permitan efectivizarlos.

evolución de la autonomía, las facultades y la privacidad de los niños”

Asimismo, las familias y las comunidades cumplen un rol irremplazable en el deber de cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Son finalmente los responsables de efectivizar, a partir de las condiciones que deben ser garantizadas por el Estado, de manera concreta los derechos de la niñez y la adolescencia. La Convención en ningún momento pretende reemplazar el rol que tienen las familias en el cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Establece, más bien, el rol que deben tener los Estados en garantizar diversas condiciones que permitan efectivizar los derechos de niños, niñas y adolescentes. En esta línea el Comité, establece que los Estados deben prestar esta asistencia a la responsabilidad de los cuidadores y familiares en el cuidado, en un marco de “promover que aquellos sean conscientes de la necesidad de respetar la

Por último, la sociedad cumple un rol de co-garante encargado de aportar socioculturalmente en el reconocimiento de los derechos de la niñez en la sociedad, siendo una tarea también interpelar al Estado para que cumpla su labor de garante principal. En este marco la nueva constitución debe reconocer el rol que tienen las organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación y las empresas.

PRIORIZANDO LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos implica que son titulares de todas las garantías contenidas tanto en la Constitución como en el ordenamiento jurídico en general. En esta línea, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en favor de este colectivo a través de acciones afirmativas del Estado, la consagración de los garantes de sus derechos y la explicitación de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño; generan un marco jurídico adecuado para el ejercicio de los derechos de la niñez y la

adolescencia. Sin perjuicio de lo anterior, un colectivo expuesto a tantas vulneraciones bajo la actual Constitución requiere, para su protección, la adopción de todas aquellas menciones constitucionales necesarias que permitan efectivizar sus derechos.

En este contexto, la priorización se plantea como la adopción, por parte del Estado, de mecanismos o menciones que declaren la preferencia o preponderancia de los derechos de la niñez y la adolescencia, atendiendo a su carácter de colectivo en situación de vulnerabilidad y, en tal carácter, destinatarios de especial protección y que ella sea prioritaria para el Estado.

A nivel de experiencias constitucionales comparadas, se han adoptado diversas fórmulas para incorporar la priorización de derechos de niñez y adolescencia. Es fundamental señalar que esta priorización no introduce una jerarquía que afecte el contenido esencial de derechos pertenecientes a otros grupos o individuos de la sociedad, sino que opera como un criterio interpretativo que, a la hora de ponderar o armonizar derechos fundamentales, prefiera los derechos de la niñez y la adolescencia en atención al principio de interés superior y a la calidad de su colectivo en situación de vulnerabilidad y, en tal carácter, sujetos de especial y preferente protección.

De este modo, se propone incorporar una mención que señale la priorización de los derechos de la niñez y la adolescencia por parte del Estado, sus familias y la sociedad en su conjunto.

Una mención de estas características no puede estar desligada del reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de niños, niñas y adolescentes; entendiendo la priorización como un énfasis o reforzamiento de la vigencia del principio del

interés superior, como elemento fundamental del reconocimiento de aquellos derechos que requieren la priorización como criterio interpretativo.

EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DESC Y EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Para la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben adoptar todas las medidas para dar efectividad a los derechos de la niñez y adolescencia, siendo relevantes en ellos los denominados “Desca”: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales” en donde los Estados deben *“adoptar esas medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan, y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*

En materia de niñez y adolescencia esta exigibilidad se materializa en la tarea expresa que la Convención le otorga al Estado, de garantizar una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de ésta, *“entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles”*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha planteado que las prestaciones a cargo de efectivizar deben garantizar aspectos tales como la accesibilidad, asequibilidad, calidad, la participación, la exigibilidad, actualización y adaptabilidad.⁹

El enfoque de derechos plantea que el Estado es el garante y responsable principal de los derechos de la niñez y adolescencia, pero al mismo tiempo establece de manera positiva los roles - también de garantes - tanto de la sociedad civil como de la comunidad y personas más cercanas a cada

⁹ Rosenblüth, M. (2013) “Gobernabilidad democrática y garantías sociales: hacia una nueva arquitectura de políticas

sociales fundadas en derechos” en Erazo, X; Aleuy, M. y Ganuza, E. Políticas públicas: exigibilidad y re-a-lización de derechos. Editorial LOM: Santiago de Chile. Pág.82 a 85

niño, niña o adolescente. Se plantea entonces una responsabilidad compartida, con el rol del Estado como pilar para la generación igualitaria de condiciones, que permitan un ejercicio libre y protegido de los derechos.

REFLEXIONES FINALES

En el presente documento se relevan una serie de principios fundamentales, que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los distintos tratados de derechos

humanos han relevado para orientar las acciones de los Estados parte con la finalidad de que sus acciones, de diversa índole, cumplan con el enfoque de derechos.

Como Defensoría de la Niñez consideramos necesaria la reflexión e incorporación de estos principios en el nuevo texto constitucional como una forma de garantizar, por parte del Estado y comunidad, el respeto irrestricto de los derechos humanos del que son titulares niños, niñas y adolescentes.

Los niños, niñas y adolescentes son ciudadanos y titulares de todos los derechos reconocidos en la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Es deber prioritario del Estado, respetar, proteger y garantizar sus derechos, resguardando especialmente su interés superior; la vida, supervivencia y desarrollo integral; la protección contra toda forma de discriminación; la participación y libre expresión de sus opiniones; y la consideración de su autonomía progresiva.

En el ejercicio de este deber, asegurará las condiciones para que las familias y la sociedad puedan ejercer su rol en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia.

La Defensoría de la Niñez ofrece su apoyo técnico a las orgánicas funcionales y temáticas para la asesoría de estos contenidos. Asimismo, realizará un seguimiento permanente de la acogida de las recomendaciones aquí planteadas.

MI VOZ EN LA
CONSTITUCIÓN

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ



www.defensorianinez.cl/mivozenlaconstitucion

