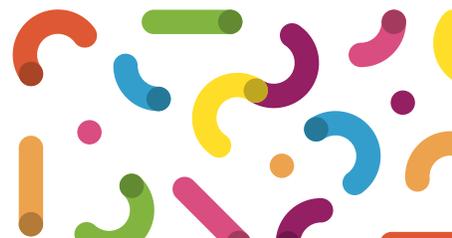


Boletín N°2

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

Enero, 2022



“La infancia es una categoría emancipatoria y no una categoría que queda encadenada a la transmisión”

Eduardo Bustelo



CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	4
II. ¿POR QUÉ RECONOCER CONSTITUCIONALMENTE A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?	7
III. ¿CÓMO LOGRAR EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?	14
IV. RECONOCIENDO LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHOS	17
V. CONCIBIENDO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO CIUDADANOS	24
VI. ESTABLECIENDO LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	32
VII. CONSAGRANDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	40
VIII. ESTABLECIENDO EL ROL DE LOS GARANTES DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	46
IX. ESTABLECIENDO PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO SEGÚN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	54
X. PRIORIZANDO LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	67
XI. EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES, Y EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS	72
XII. RESUMEN PROPUESTAS POR ÁMBITO, SEGÚN COMISIÓN Y ARTÍCULOS	80
XIII. REFLEXIONES FINALES	82





I. INTRODUCCIÓN

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 enmarca este segundo boletín, que tiene por objeto lograr el reconocimiento y protección constitucional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y promover su participación vinculante, de conformidad al cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile, hace ya más de 30 años, con la ratificación y entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño (desde ahora la Convención), que reconoce a cada niño, niña y adolescente como sujeto de derecho demandando, de los ordenamientos e institucionalidad interna, idéntico reconocimiento formal.

Como es sabido, el 24 de diciembre de 2019 se promulgó la Ley N°21.200, que “Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República” y establece un procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República. Este procedimiento se inició con la convocatoria para un plebiscito nacional, realizado el 25 de octubre de 2020, a través del cual se consultó a la ciudadanía si quería una nueva Constitución Política, así como también el órgano que eventualmente la redactaría en caso de ganar la opción “Apruebo”, en donde hubo dos opciones: “Convención Mixta Constitucional” o “Convención Constitucional”.

El resultado del plebiscito fue de un 78% para la opción “Apruebo” y de un 79% para la opción “Convención Constitucional”, cuyos miembros son elegidos, en su totalidad, por la ciudadanía. Con esto se inició el proceso constituyente que, dentro de sus etapas, contempló la elección de las y los convencionales constituyentes, a cargo de la redacción de la nueva Constitución, la que tuvo lugar el 15 y 16 de mayo de 2021, con una participación de 43,5% del padrón, resultando 77 mujeres y 78 hombres electos convencionales constituyentes, 17 de éstos de escaños reservados de pueblos originarios y donde un 31% de las y los electos eran independientes.

La Convención Constitucional tiene como objeto la redacción de una propuesta constitucional durante el plazo de nueve meses desde su instalación, la que podrá prorrogarse, una sola vez, por tres meses. La propuesta final deberá ser ratificada mediante plebiscito. En caso de aprobarse la propuesta, la Constitución actualmente vigente quedará derogada.

En la instancia se ha logrado un reconocimiento a los pueblos originarios a través de los escaños reservados, así como una participación paritaria de mujeres y hombres. En cuanto a los niños, niñas y adolescentes -quienes, a pesar de haber sido los gestores e impulsores del proceso constitucional - lamentablemente no pudieron participar (los mayores de 16 años) en las elecciones. Sin embargo, se dio un paso importante en los reglamentos de la Convención que reconocen formalmente su derecho a participar en las etapas que contempla el itinerario constituyente.

Cabe señalar que la Constitución Política es el marco fundamental del Estado, es un acuerdo sobre lo esencial, un pacto social que refleja un momento histórico sobre los mínimos o básicos, que determinan cómo se vivirá en sociedad. De ahí que constituye la norma de mayor jerarquía normativa dentro de un Estado, toda vez que establece los límites al poder, a través de la regulación de la organización y funcionamiento de los poderes públicos, así como también reconoce y garantiza derechos y libertades a toda persona.

El presente boletín forma parte de una serie de documentos elaborados por la Defensoría de la Niñez en el marco del proyecto Mi Voz en la Constitución, buscando incidir en el reconocimiento, respeto, promoción, difusión y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en la generación de una nueva Constitución Política de la República, considerando su participación efectiva e incidente.

El Boletín N°1 se centró en la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, el presente boletín en los principios generales de la Constitución, el Boletín N°3 abordará los derechos de niñas, niños y adolescentes y el Boletín N°4 analizará la institucionalidad para una participación estructural de niños, niñas y adolescentes.

Este Boletín N°2 se centra en los principios generales de la Constitución, entendiéndolos como aquellas prescripciones que contienen directrices generales que delimitan el alcance axiológico y político de un determinado orden jurídico; son verdaderas normas jurídicas y forman parte integral del ordenamiento jurídico constitucional y, como tales, tienen el alcance de “asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la constitución”.(Corte Constitucional, Sentencia C- 574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón).

El objetivo de este Boletín es la incorporación del enfoque de derechos en el reconocimiento de la niñez y adolescencia en la nueva Constitución, desde sus principios generales. Específicamente, el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, nueva definición de ciudadanía, principio de igualdad frente a la ley y no discriminación, formas de priorización y principios de actuación estatales.

Para alcanzar estos objetivos, el Boletín se sustenta en el análisis de distintas fuentes de información, entre ellas minutas de análisis internos elaborados por la Defensoría de la Niñez, sus informes anuales institucionales, el Estudio de Opinión de Niños, Niñas y Adolescentes 2019 y diversas fuentes externas.

Además, se realizaron entrevistas a expertos/as nacionales e internacionales en el marco del proyecto de indagación sobre la “Incorporación del enfoque de derechos humanos de la niñez y adolescencia en el proceso constitucional: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno”.

En relación con el ámbito de la experiencia comparada revisada en el marco del proyecto, se efectuaron catorce entrevistas a expertos/as internacionales de distintos países seleccionados, a saber, Colombia, Bolivia, Ecuador, Argentina, Sudáfrica, Noruega e Irlanda. La muestra se conformó por 12 expertos/as, com-

puesta por un/a integrante de organismo internacional de derechos humanos, ocho expertos/as pertenecientes a la academia, un/a integrante de organismo no gubernamental de niñez, un miembro de organismo internacional de derecho humanos, dos funcionarios/as que se desempeñan en el Estado y dos ex funcionarios/os del Estado (hay que considerar que en esta muestra hay dos expertos/as que además son ex miembros del Comité de los Derechos del Niño). Además, se realizaron 33 entrevistas a expertos/as nacionales e internacionales enfocadas en el proceso constituyente chileno, diez expertos/as académicos/as de ciencias jurídicas, diez de ciencias sociales, cinco integrantes de organismos internacionales y ocho integrantes de organismos no gubernamentales.

El presente boletín se estructura en torno a responder qué elementos son los necesarios para que la nueva Constitución reconozca a los niños, niñas y adolescentes, lo que involucra detallar una serie de propuestas en un total de ocho ámbitos que van desde su reconocimiento explícito, el abordaje de la ciudadanía o los principios de actuación del Estado, entre otros elementos. En cada uno de ellos se argumentan las razones de una serie de propuestas en cada ámbito, terminando al final del documento con una propuesta final de artículos a incorporar en el texto constitucional.

II. ¿POR QUÉ RECONOCER CONSTITUCIONALMENTE A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

Con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, al menos en el ámbito formal, se produce un cambio de paradigma respecto a la concepción de los niños, niñas y adolescentes, a quienes ya no se debe tratar como meros objetos de protección, sino que se les debe reconocer y tratar como lo que son, sujetos de derechos, instalándose la doctrina de la protección integral de sus derechos.

Con ello se pretendía dejar atrás el paradigma donde imperaba el modelo tutelar de la niñez y adolescencia, que se basaba en la intervención y control social de esta población, a quienes se los concebía como “menores” en riesgo social. Desde esta mirada, la población infanto-adolescente es considerada y tratada distinta a los adultos, incluso se los puede excepcionar de la aplicación de las reglas generales en un sistema democrático y constitucional de derechos, concibiéndolos desde una definición negativa, basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces¹. A partir de este paternalismo, los adultos tienen poder de imponerse sobre los niños, niñas y adolescentes en los más diversos ámbitos, basándose en un interés superior.

Este cambio paradigmático que, en lo formal, llega a Chile con la ratificación de la Convención en 1990, implica el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. En este sentido, la Convención interpela a la sociedad en su conjunto, exigiendo una forma de concebirlos como “un sujeto que necesita y que adquiere, progresivamente, un mayor grado de autonomía y con ella, de derechos, es decir, como ‘ciudadano’, y no ya (como era tradicional) como un individuo completamente dependiente, sometido a los adultos e ‘incapaz’ frente al Derecho”². De este modo, se reconoce en la niñez y adolescencia su capacidad de agencia. En este contexto, los niños, niñas y adolescentes son considerados ciudadanos con derechos y, por tanto, miembros de la comunidad política. Asimismo, este reconocimiento permite visibilizar su condición de persona en desarrollo sin, por ello, restarle valor a la niñez y adolescencia, sino por el contrario, implicando aquellas obligaciones particulares que deben cumplir las familias, el Estado y la sociedad, para que puedan ejercitar sus derechos de manera efectiva.

¹ Beloff, M. (1999). Modelos de la protección integral de los derechos de los niños y de la situación irregular: Un modelo para armar y desarmar. Justicia y Derechos del niño n°1, 4-78.

² Couso, J. (1999). “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos” en Justicia y Derechos del Niño, pág. 79-80.



Por su parte, cabe recordar que la titularidad de derechos constitucionales se adquiere por el solo hecho de ser personas. Así, los niños, niñas y adolescentes son titulares no solo de aquellos derechos constitucionales que gozan las personas mayores de edad, sino que además de prerrogativas específicas, dadas por su especial condición de desarrollo.

Aun cuando se reconoce el avance que significó, en el ámbito de los derechos de la niñez y adolescencia, la ratificación de la Convención, en la práctica, la situación de sus derechos en Chile es sumamente preocupante. En el transcurso de estos 31 años desde la ratificación de dicho tratado, se advierten compromisos internacionales sin cumplir en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia, además de un manifiesto e insuficiente reconocimiento y trato en su condición de sujetos de derecho, todo lo que ha redundado en vulneraciones graves y sistemáticas a sus derechos en Chile³.

Uno de los compromisos incumplidos está asociado a la creación e implementación de un sistema de garantías de la niñez y la adolescencia, sin el cual nuestro país continúa enfrentando una grave y injustificada falencia estructural. Esta ausencia tiene consecuencias en el desarrollo armonioso e integral de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile, al no favorecer ni asegurar la promoción de sus derechos, tanto de manera directa respecto a ellos y ellas, como con sus familias, al no brindarles espacios de participación efectiva e incidente en aquellos asuntos que les afectan y al no prevenir, de manera oportuna y efectiva, la ocurrencia de vulneraciones de sus derechos⁴.

Por su parte, la crisis sanitaria ha implicado una restricción evidente a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, tales como el derecho a la educación, salud mental, al juego y recreación, entre otras. En este contexto, se ha hecho aún más manifiesta la invisibilización de sus vivencias, realidades, necesidades y opiniones, resultando particularmente grave, como consecuencia de aquello, la falta de adopción de medidas estatales oportunas y pertinentes tendientes a abordar su particular y específica situación.

Al complejo diagnóstico anterior, se suma la situación vivenciada por aquellos que se encuentran bajo el cuidado del Estado, en que se ha observado que las falencias estructurales y graves y sistemáticas violaciones a sus derechos humanos, que el Comité de los Derechos del Niño detectó y consignó, de manera categórica, en el informe que originó la investigación desarrollada contra nuestro país, el año 2018, por aplicación del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención, no han sido erradicadas del todo⁵.

³ Para profundizar sobre las vulneraciones de derechos en niñez y adolescencia en Chile, revisar los Informes Anuales de la Defensoría de la Niñez 2019 y 2020. Disponibles en: www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019 y www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020.pdf

⁴ Defensoría de la Niñez. 2020. Informe Anual sobre derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile, p. 396 y siguientes. Disponible en www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020_parte3.pdf

⁵ Defensoría de la Niñez. 2020. Informe Anual sobre derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile, p. 396 y siguientes. Disponible en www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020_parte3.pdf

Es fundamental destacar que, en dicha oportunidad, el Comité concluyó la vulneración de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. En particular, el principio de no discriminación habría sido violado al permitir que “NNA ingresen al sistema residencial por razón de carencias económicas”⁶. Asimismo, el organismo declara que el Estado no habría respetado el derecho de los niños, niñas y adolescentes a que se les considere su interés superior en la adopción de decisiones que les afecten, debido a variadas decisiones como prolongar tiempos de institucionalización, la separación de hermanos y la primacía de la institucionalización por sobre otras alternativas⁷.

De otro lado, en contexto del estallido social, desde el 18 de octubre de 2019 y hasta el 5 de marzo de 2020, en Chile se han registrado un total de 1.314 niños, niñas y adolescentes⁸ que fueron víctimas de delitos que han significado violaciones graves y sistemáticas a sus derechos humanos, por parte de agentes estatales, que han implicado tortura, apremios ilegítimos, desnudamientos, pérdida de globo ocular por impacto de perdigones, heridas por bala, heridas por perdigones, entre otras, cometidos principalmente por miembros de Carabineros de Chile, quienes atacaron de manera directa la integridad física de niños, niñas y adolescentes de nuestro país, afectando significativamente su integridad psíquica⁹ y física. A la fecha, y en una grave manifestación de impunidad, solo un caso se encuentra con sentencia condenatoria, lo que constituye una violación a los principios transversal de todos los principios de la Convención.

Si bien son muchos los factores que podrían explicar las vulneraciones de las que han sido víctimas niños, niñas y adolescentes, sin duda una de ellas es la invisibilización que ha producido la ausencia de reconocimiento de la niñez y adolescencia en el ámbito constitucional. Esto, dado que la Constitución actualmente vigente, al no reconocerles como sujetos de derecho, les invisibiliza como grupo de especial protección, no estableciendo mandatos claros a los órganos del Estado, de proteger, garantizar y respetar sus derechos, lo que ha contribuido a interpretaciones, tanto administrativas como judiciales¹⁰, que han tendido a restringir esos derechos, perjudicando su protección y su capacidad de agencia práctica¹¹.

⁶ Comité de los Derechos del Niño (2018). Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. CRC/C/CHL/INQ/1. Pág.5 Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/2018-Informe-del-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-de-la-Ni%C3%B1ez.pdf

⁷ Comité de los Derechos del Niño (2018). Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. CRC/C/CHL/INQ/1. Pág.6 Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/2018-Informe-del-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-de-la-Ni%C3%B1ez.pdf

⁸ De conformidad a la información entregada por el Ministerio Público. Para mayor información, revisar Informe Verdad, Justicia y Reparación. Estado de avance de las recomendaciones de la Defensoría de la Niñez a dos años del estallido social, pág., 12. Disponible en www.defensorianinez.cl/informe-verdad-justicia-reparacion.

⁹ Defensoría de la Niñez. 2021. Informe Verdad, Justicia y Reparación. Estado de avance de las recomendaciones de la Defensoría de la Niñez a dos años del estallido social. Disponible en www.defensorianinez.cl/informe-verdad-justicia-reparacion

¹⁰ Una de ellas dice relación con 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.

¹¹ 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>

Por ello resulta crítico reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en la Carta Fundamental, dado que ésta es el pacto social sobre el cual se estructura la sociedad y se determina, en definitiva, 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”¹². Así lo han sostenido expertos en la materia, al indicar que:

Es cierto que mucha gente va a sostener que los niños, niñas y adolescentes son sujetos titulares de derechos fundamentales, porque estos derechos son para todas las personas y los niños son personas, pero el derecho en particular y el mundo político en general requieren de estos reconocimientos explícitos, porque los gestos simbólicos y los espacios de reconocimiento son relevantes para grupos históricamente desplazados [...] Entonces por eso digo que hay gente que va a decir que el artículo 19 reconoce los derechos de todas las personas y que los niños, niñas y adolescentes son personas, pero ocurre que, llegado el momento de la litigación, el momento de conflicto de derechos o llegado el momento de una afectación de derechos de infancia, esta es una afirmación que no sale tan fácil porque se debe construir, convencer al tribunal y a las demás partes. (Académico nacional de ciencias jurídicas, experto en derecho constitucional de infancia)¹³.

Desde el paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños, niñas y adolescentes son concebidos como sujetos de derecho, con capacidad de agencia¹⁴.

Desde un enfoque de derechos humanos también resulta fundamental el reconocimiento de la niñez y adolescencia en la Carta Política, desde una perspectiva simbólica y reivindicativa, pero también práctica. Si bien los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, al encontrarse en una posición estructuralmente desaventajada, dado que son un grupo vulnerable afectado por el sistema adultocéntrico que les in-

¹² Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación General N° 5 sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 21. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf

¹³ Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

¹⁴ Pavez, I. y Sepúlveda N. (2019) Concepto de agencia en los estudios de infancia. Una revisión teórica; Comité de los Derechos del Niño (2016) Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20), párr. 1 y 2.

visibiliza, requieren de un reconocimiento explícito en la Carta Fundamental, así como de sus derechos específicos, de modo de disminuir las brechas y dificultades culturales, sociales y políticas impuestas, que les impiden o limitan el ejercicio de sus derechos. Lo anterior, a diferencia de la Constitución actualmente vigente, que no cuenta con ninguna mención a la niñez y adolescencia, encontrándose absolutamente excluidos de la norma fundamental. Esta ausencia, sin duda, es uno de los elementos que ha influido en el incumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia de manera sistemática por parte del Estado de Chile. En este sentido, la cita de un experto nacional es ilustrativa:

En general, en diversos países y ya en las cuatro o cinco últimas décadas hemos tenido una evolución muy importante en el derecho internacional de los derechos humanos en lo que se ha conocido como proceso de especialización de los derechos, que justamente busca demostrar que más allá de que, por cierto, el derecho internacional de los derechos humanos establece la universalidad de los derechos, el reconocimiento de los derechos de acuerdo al principio de igualdad y no discriminación a todas las personas, también hay que considerar que hay ciertos grupos de nuestra sociedad que han sido históricamente discriminados, históricamente excluidos del ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. En ese sentido, es fundamental visibilizar esas exclusiones históricas y establecer sus derechos de forma específica, explícita, porque los Estados tienen obligaciones respecto específicamente del ejercicio de derechos de esos grupos históricamente excluidos.

Por ello, el proceso constituyente es una oportunidad clave para que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos realmente como sujetos plenos de derechos en la sociedad chilena. No cualquier reconocimiento basta, sino que uno efectivo que apunte a su visibilidad, a reforzar su capacidad de agencia y a garantizarles la exigibilidad de sus derechos¹⁵:

Visibilidad, conforme a la que debe evaluarse cuán presente están NNA en un esquema constitucional y cuáles derechos están expresamente reconocidos. Agencia, conforme al que no basta con las menciones a sus derechos, sino que debe enfatizarse, además, el carácter de NNA en tanto sujetos de derechos autónomos e independientes a quienes se les debe asegurar, progresivamente, en razón de su madurez y edad, el ejercicio personal de ellos. Y exigibilidad, que se refiere al espectro de medidas (judiciales y de otro tipo, incluidas las institucionales) que permitan la realización efectiva de sus derechos¹⁶.

¹⁵ Lovera, D. (2021). Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes: Agencia presente y futura. Disponible en: https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/04/210421_minuta_ReconocimientoConstitucionaldenines_experto.pdf

¹⁶ Lovera, D. (2021). Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes: Agencia presente y futura, pág. 9. Disponible en: https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/04/210421_minuta_ReconocimientoConstitucionaldenines_experto.pdf

En ese sentido, se requiere una mirada que supere el paradigma tutelar que ha uniformado al sistema normativo, institucional y de políticas públicas del país. Hacerlo a nivel constitucional es clave por el impacto que tiene al ser ésta la norma de mayor jerarquía, base para la generación de las normas legislativas y administrativas que deben dictarse conforme a ella, así como también, por las responsabilidades y mandatos que se otorguen a los distintos órganos y poderes del Estado, para la protección y efectivización de la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. De ahí que el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos resulta un imperativo esencial para la legitimidad constitucional, pero también una forma de hacer propio, aunque sea 30 años después, el paradigma que la Convención sobre los Derechos del Niño impuso al Estado de Chile, desde su ratificación.

De la invisibilización al reconocimiento: la opinión de los niños, niñas y adolescentes

(...) los adultos piensan que uno no sabe nada. O sea, como siempre, 'ay no él nunca escucha, nunca, no sabe nada', pero realmente los jóvenes si sabemos, los niños, o sea, igual vemos las cosas. Entonces el adulto...a veces dicen...«tú qué sabes, qué opinión tienes, si no te informas', pero...a nadie le sirve tampoco decir eso» (Niña, Arica)¹⁷.

Hoy los niños, niñas y adolescentes no son reconocidos en la constitución como sujetos sociales y ciudadanos. Esto grafica una profunda desconexión del mundo adulto de la sociedad con los saberes, experiencias y vivencias de éstos, categorizándolos como un grupo social distinto y sujeto a la socialización y transmisión, y no como activos participantes de la sociedad, como cualquier persona.

La cita expuesta al comienzo da cuenta de esta invisibilización que perciben los niños, niñas y adolescentes: no se escucha, se cree que no saben, que no son pertinentes para opinar. ¿El resultado?: solo más decisiones incorrectas, alejadas de las necesidades de éstos y de sus derechos, como dos sociedades separadas.

Según el Estudio de Opinión de Niños, Niñas y Adolescentes de 2019 de la Defensoría de la Niñez, el 6,1% de los estudiantes de enseñanza media consideran que solo un 6,1% de los adultos respetan siempre sus derechos. Asimismo, según este mismo estudio, en la medida que más se aumenta la edad, menos perciben que se les escucha¹⁸.

Esto es contrario a lo que han mostrado diversos estudios que dan cuenta de la importancia que tienen para las infancias y juventudes lo que pasa en su entorno, así como el aporte que pueden contribuir en temas que no solamente los afecta directamente, sino en diversos campos sociales. Destaca en ello, como condición, la importancia de la libertad de expresión en donde un 13% de los niños, niñas y adolescentes lo priorizan como uno de los derechos más destacados y demandados^{19 20}.

¹⁷ Defensoría de la Niñez. 2019. Estudio efectos del Estado de Excepción y posterior crisis social 2019, en niños, niñas y adolescentes. Disponible en: www.defensorianinez.cl/estud_y_estadi/estudio-efectos-del-estado-de-excepcion-y-posterior-crisis-social-2019-en-ninos-ninas-y-adolescentes

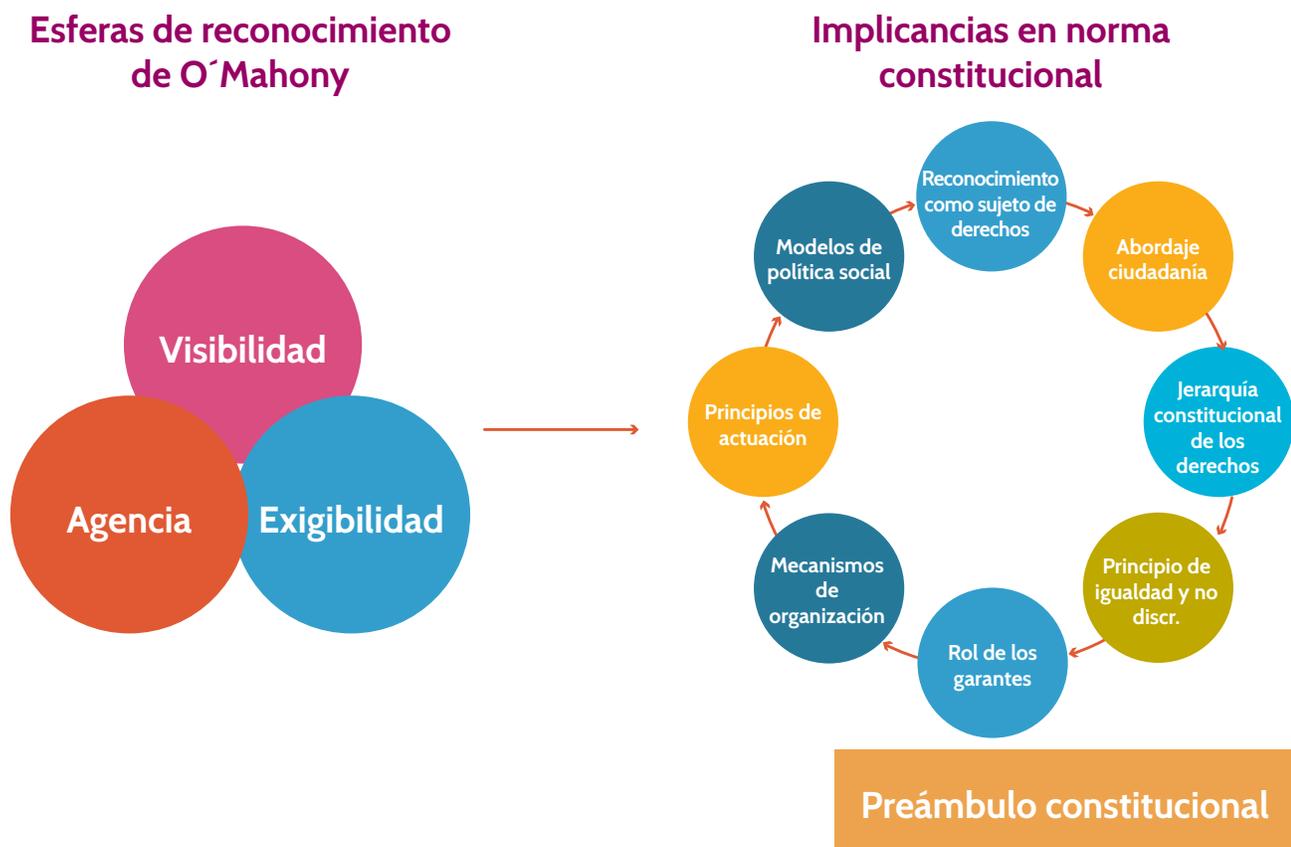
¹⁸ Defensoría de la Niñez. 2019. Estudio de Opinión de Niños, Niñas y Adolescentes. Disponible en: www.defensorianinez.cl/estud_y_estadi/estudio-de-opinion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-2019

¹⁹ Defensoría de la Niñez. 2019. Estudio de Opinión de Niños, Niñas y Adolescentes. Disponible en: www.defensorianinez.cl/estud_y_estadi/estudio-de-opinion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-2019

²⁰ Al respecto analizar los datos de diversos estudios y levantamiento de opinión de niños, niñas y adolescentes que demuestran la preocupación de estos por diversas demandas sociales en los últimos años. Se sugiere ver minuta de sistematización disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/04/Minuta-2-Estudios-de-opinion-1.pdf y la Nota Técnica N°3 del Observatorio de Derechos de la Defensoría de la Niñez "Factores detrás de la participación de niños, niñas y adolescentes en movilizaciones y su deseo de participación en Convención Constitucional". Disponible en: www.defensorianinez.cl/observatorio/wp-content/uploads/2021/05/nt3-1.pdf

III. ¿CÓMO LOGRAR EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

El reconocimiento expuesto anteriormente se debe reflejar en una serie de ámbitos de la futura norma constitucional. Diversas fuentes, estudios de opinión, experiencia comparada y las entrevistas a expertas y de experiencias internacionales dan cuenta de una serie de tópicos, no excluyentes de otros, que son trascendentales en este reconocimiento de manera transversal.



Las esferas de reconocimiento antes detalladas, de O. Mahony, de visibilidad, agencia y exigibilidad se reflejan también en los tópicos de manera transversal, entre los que destacan:

- **El reconocimiento de los sujetos de derechos:** visibilizando, de manera transversal, que los niños, niñas y adolescentes tienen que ser reconocidos y respetados en sus derechos, con igualdad de oportunidades que los adultos, con reconocimiento de su participación como sujetos activos de cambio dentro de todos los espacios sociales en que se desarrollan.
- **El abordaje de la ciudadanía:** reconociendo a los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos(as), en el entendido de que cuentan con la capacidad de agencia para ejercer y hacer exigibles sus derechos y participar de las decisiones de su comunidad, a partir de diferentes métodos.
- **El principio de igualdad y no discriminación:** garantizando que los derechos y normas establecidas en la Constitución serán aplicadas sin discriminar a las personas por su edad o por ser niños, niñas y adolescentes.
- **El reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados:** estableciendo el valor, a nivel constitucional, de los compromisos internacionales en materia de derechos de la niñez y adolescencia asumidos por el Estado de Chile.
- **El rol de los garantes de derechos de la niñez y la adolescencia:** definiendo el rol que tienen los garantes de derechos de la niñez y adolescencia, en particular el de garante principal del Estado, de su labor con las familias y comunidades (garantes interrelacionales) y el rol de la sociedad civil (co - garantes).
- **Los principios de actuación del Estado:** definiendo los principios de actuación del Estado en torno a los planteados por la Convención sobre los Derechos del Niño.
- **Los mecanismos de priorización:** definiendo las formas en que el Estado adoptará decisiones para priorizar a la niñez y adolescencia en el diseño e implementación de las políticas públicas y en los derechos sociales.
- **El rol del Estado en la política social:** definiendo el rol del Estado en el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y las formas para proveer las prestaciones sociales en base al enfoque de derechos de la niñez y adolescencia.

¿Y si incorporamos un preámbulo en la Constitución?

Respecto a la incorporación de un preámbulo en la Carta Política, es importante señalar que no todas las Constituciones lo tienen, de hecho, la Constitución Política vigente carece de uno. Sin embargo, se considera que incorporar un texto de estas características podría ser beneficioso en el contexto de una nueva Constitución Política. Si bien este asunto no concita unanimidad, existen buenas razones para considerarlo así.

El preámbulo de una Constitución es el texto en que se expone, previamente a la parte jurídica normativa, abriendo de manera declarativa la Carta Política. Los preámbulos “constituyen proclamas públicas que resaltan o destacan afirmaciones mediante las cuales un poder constituyente configura o rehace un ente social y anuncia un canon político que inspira un orden político-jurídico”²¹, es decir, son una declaración de intenciones, de valores, principios y de pautas fundamentales para la convivencia.

En general, el preámbulo responde algunas preguntas, tales como: ¿De dónde venimos? ¿quiénes somos? ¿a dónde vamos?²², en definitiva, se construye un marco con sentido para la comunidad política.

En la experiencia comparada se ha discutido el carácter vinculante del preámbulo, sin embargo, no hay una única postura al respecto²³. La Corte Constitucional Colombiana ha planteado que el preámbulo forma parte del texto Constitucional, otorgándole valor político jurídico al mismo²⁴. La siguiente cita resulta ilustrativa en ese sentido, “Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”²⁵. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español indica justamente lo contrario, señalando que “[...] los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad”²⁶.

Cualquiera sea la respuesta, es decir, tenga carácter vinculante o no, la declaración de intenciones y principios que orientan la convivencia que se establecen en el preámbulo, es fundamental, puesto que podría dar luces para orientar ciertas discusiones o debates político-jurídicos futuros²⁷. A su vez, contar con un marco de valores y principios, reforzará la articulación y la coherencia de las distintas partes que conforman la estructura de la Constitución y podría facilitar una interpretación sistemática y armónica de la normativa allí establecida.

En el ámbito de los derechos de la niñez y adolescencia, las intenciones y principios que se plasman en el preámbulo pueden ser sumamente relevantes al reforzar el estatuto jurídico de sujetos de derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como también permitiría mencionar los enfoques transversales que se incorporarán en la Constitución Política, como, por ejemplo, los enfoques de derechos humanos, derechos de la niñez, interculturalidad, género e interseccionalidad. En definitiva, el preámbulo debiese ser un reflejo del contenido sustantivo de la Nueva Constitución Política.

²¹ Pardo O. (2018). Metarrelatos políticos: los preámbulos constitucionales latinoamericanos. Reflexión Política, vol. 20, núm. 39, 2018. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Disponible en: www.redalyc.org/journal/110/11058501009/html

²² Fuentes C. y Lovera D. (2021). “El preámbulo de la Constitución”, Ciper, de fecha 22 de enero de 2021. Disponible en: www.ciperchile.cl/2021/01/22/el-preambulo-de-la-constitucion

²³ Pardo O. (2018), op. cit.

²⁴ Ibid

²⁵ Sentencia C-479-92, Corte Constitucional Colombiana. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm

²⁶ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 150/1990, de 4 de octubre de 1990, considerando 2°.

²⁷ Sobre el tema han debatido los abogados Peña M. y Osorio G. (2021), “¿Debe la nueva Constitución tener un preámbulo?” Pauta, decimotercer capítulo del programa Derecho a la Convención, de fecha 16 de octubre de 2021. Disponible en: www.pauta.cl/nacional/debe-la-nueva-constitucion-chile-tener-un-preambulo

IV. RECONOCIENDO LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHOS

A más de 30 años de la ratificación y entrada en vigor de la Convención, existe un consenso en que este instrumento representó un cambio fundamental para la condición jurídica y social de la niñez y la adolescencia alrededor del mundo.

Uno de los aspectos más importantes de esta norma internacional –sino el más importante– es el otorgamiento de la calidad de sujetos de derecho a niños, niñas y adolescentes. Esta consideración, lejos de ser declarativa, altera el sistema tutelar imperante, ya que reconoce a la niñez como titular de derechos autónomos y con capacidad de ejercerlos de forma individual y grupal, de acuerdo con el desarrollo de sus facultades²⁸.

Este cambio viene a hacer frente a una histórica negación de la titularidad de niños, niñas y adolescentes de los derechos de rango legal y constitucional en los ordenamientos jurídicos nacionales, expresada en una denegación de autonomía para el goce y ejercicio de éstos sustentada, únicamente, en la menoría de edad. Pese a que esta visión está superada a través de la ratificación e incorporación de la Convención a los distintos ordenamientos jurídicos, subsiste una importante cantidad de normas, en materia civil y administrativa, que se rigen por esta lógica, no siendo Chile la excepción. Por ello, el proceso constituyente emerge como una ventana de oportunidad para avanzar decididamente hacia el reconocimiento efectivo de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

En materia de técnica legislativa, para lograr este cambio y respecto a la posibilidad de explicitar la titularidad de derechos en el nuevo texto constitucional, en favor de la autonomía progresiva, una académica experta en la materia da su opinión positiva al respecto:

²⁸ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. 2018. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), (18), 118. <https://dx.doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>



[...] Entonces, si declaráramos que los niños son titulares de derecho desde que nacen y que esa titularidad se ejerce progresivamente puede también a ayudar a que los procesos siguientes que se materialicen en legislación, en política, en programas, pueda tener ese respaldo para avanzar también más rápido en los otros pasos de hacer política [...] (Académica nacional de ciencias sociales experta en políticas públicas de niñez y adolescencia)²⁹.

Para el reconocimiento efectivo de la calidad de sujeto de derecho, es necesaria la interacción de tres principios que contiene la Convención y que deben estar presente en toda actuación relacionada con la niñez y la adolescencia: **la autonomía progresiva, el interés superior y el derecho a ser oído (esté último tratado en detalle en el Boletín N°1).**

La interpretación armónica de estos principios y su incorporación al texto constitucional tendrá como consecuencia, en primer lugar, el reconocimiento expreso de que ser titular de todos los derechos consagrados en la Constitución no está condicionado por la edad de la persona, con excepción del derecho a voto y el ejercicio de determinados cargos públicos. Conlleva, adicionalmente, el deber del Estado de promover y garantizar, en todos sus ámbitos de actuación, el libre ejercicio por niños, niñas y adolescentes de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente los contenidos en la Convención³⁰.

En esta línea, **el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho se materializa en el derecho a la igualdad de trato (entre niños, niñas y adolescentes y respecto a los adultos), la posibilidad de influencia en aquellos asuntos que les afectan, de acuerdo con su grado de desarrollo, y en que todas las decisiones que se adopten sean en consideración primordial a su interés superior.** Esta es la consecuencia práctica de los tres principios que sostienen la calidad de sujeto de derecho, y por ello se transforma en una obligación esencial para el Estado reconocerlo en el nivel constitucional, en tanto base del ordenamiento jurídico y el principio interpretativo de todas sus normas y acciones³¹.

En este sentido, el artículo 2.1 de la Convención establece:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, 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.

²⁹ Cita de experta en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, aún en desarrollo.

³⁰ Hakalehto, Suvianna. Chapter 4 Constitutional Protection of Children's Rights in Finland En: Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries DOI https://doi.org/10.1163/97890004382817_005

³¹ Hakalehto, Suvianna. Chapter 4 Constitutional Protection of Children's Rights in Finland En: Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries DOI https://doi.org/10.1163/97890004382817_005

Existen experiencias comparadas de otras constituciones que han optado por este reconocimiento expreso en su carta fundamental. La Constitución de Finlandia, en su artículo 6, señala:

Los niños deben ser tratados con igualdad como individuos y le deberá estar permitida la influencia en los asuntos que les sean pertinentes de acuerdo a su correspondiente nivel de desarrollo.

De un reconocimiento de estas características se derivan dos obligaciones adicionales para el Estado: combatir activamente no permitiendo forma alguna de discriminación y brindar especial protección a niños, niñas y adolescentes reconociendo su carácter de grupo en situación de vulnerabilidad. Así lo dispone la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 2.2:

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Este planteamiento de la niñez y la adolescencia como sujetos de derecho, conjuntamente con sentar las bases para el reconocimiento de titularidad en igualdad de condiciones de la totalidad de los derechos, es elevar el estatus de la Constitución al de un acuerdo intergeneracional. El empoderamiento y la participación de la niñez y la adolescencia del presente son condiciones necesarias para la convivencia democrática sostenible en el largo plazo, liderada por esta nueva generación en un marco donde la legislación y la institucionalidad se ajustan a estos principios. Sobre la importancia de este acuerdo intergeneracional, un experto señaló:

[...] en la medida en que se asegure que se va a reconocer su condición de sujetos de derechos para niños, niñas y jóvenes [...] como actores protagonistas de su sociedad, me parece que eso obliga a que posteriormente toda la institucionalidad que se construya sea coherente con aquello [...] (Académico nacional de ciencias sociales experto en niñez y juventudes)³².

Adoptar este enfoque de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y sus principios asociados implica, también, incorporar a la Constitución la superación de la visión adultocentrista que ha caracterizado históricamente a nuestra sociedad. El adultocentrismo y el paternalismo han perpetuado una imagen de niños, niñas y adolescentes como meros objetos de protección, la que ha afectado y restringido el ejercicio de sus garantías, limitando injustificadamente su participación en la vida pública y en las decisiones que les afectan. Sobre esta idea, el entrevistado ya citado en el párrafo anterior opinó:

³² Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación "Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno" de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

[...] El sistema educativo, el sistema de salud, o sea, quiero decir no solo el sistema judicial, las policías, el mismo deporte, las prácticas deportivas son prácticas muy adultocéntricas (...)” (Académico nacional de ciencias sociales experto en niñez y juventudes)³³.

En esta misma línea, en el estudio “Efectos del Estado de Excepción y posterior crisis social 2019, en niños, niñas y adolescentes”, 4 de cada 10 encuestados pertenecientes a este colectivo manifestó que sus opiniones son “poco” o “nada” tomadas en cuenta por el mundo adulto³⁴.

Si bien, como se señaló al inicio de este capítulo, la Convención sobre los Derechos del Niño introdujo un cambio de paradigma, es posible observar, a 30 años de su dictación, que sus principios y normas no introdujeron ninguna modificación o reconocimiento en la actual Constitución chilena. Aún más, es posible afirmar que la Constitución de 1980 no reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

En su texto no existe ninguna disposición que reconozca expresamente los principios y derechos que la normativa internacional consagra para este colectivo. Esta invisibilización en la Constitución vigente, es consistente con la visión subsidiaria del rol del Estado que la funda, ignorando su rol de garante respecto a la efectivización de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Esta omisión se traduce en una visión que informa el sistema jurídico chileno, define la intervención pública y, sin duda, sentó las bases para las reiteradas vulneraciones que durante la vigencia del texto constitucional ha sufrido este colectivo y particularmente aquellos en especial situación de vulnerabilidad.

Ejemplo de lo anterior es el reciente fallo del Tribunal Constitucional, que estimó que preceptos que forman parte del Proyecto de Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, darían cuenta de una “excesiva interferencia regulatoria del Estado” en un espacio que está, de acuerdo a este tribunal, “esencialmente desregulado desde el punto de vista jurídico”, únicamente por introducir normas destinadas a reconocer la autonomía progresiva. Esta interpretación de la norma constitucional es contraria a su texto, toda vez que desconoce la jerarquía que da el actual artículo 5° inciso segundo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño y su reconocimiento de la autonomía progresiva y el estatus de sujeto de derechos de niños niñas y adolescentes.

Reforzando el planteamiento de que la visión subsidiaria del Estado conlleva una desprotección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el Informe del Comité de los Derechos del Niño, de 2018, por la situación del cuidado alternativo residencial en Chile señaló, en su párrafo 125 que:

³³ Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

³⁴ Defensoría de la Niñez (2020). Informe Anual 2020. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile. pág. 530 y ss.

El concepto de Estado subsidiario informa el sistema constitucional chileno. En virtud de él, el Estado sólo debe intervenir cuando el ciudadano, individual o colectivamente, no lo haga. Tal perspectiva trajo como consecuencia que el Estado dejara mayoritariamente en manos de instituciones privadas la atención a los NNA en situación de desamparo (...).

A nivel comparado, en América Latina, varias Constituciones reconocen a niños, niñas y adolescentes. Lo hacen regulando los roles de distintos actores, como el Estado, la familia y la sociedad; así como también explicitando la protección del ejercicio de sus derechos y el respeto de su interés superior. A continuación, se entregan ejemplos de otras constituciones de la región.

La Constitución de Bolivia señala, en su artículo 60:

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente.

Por su parte la Constitución de Colombia dispone, en su artículo 44:

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En Ecuador, el artículo 44 de la Constitución reconoce el interés superior en los siguientes términos:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior.

En el caso brasileño, la titularidad de la condición de sujeto de derechos en la Constitución, se contiene en el artículo 227, mediante el señalamiento expreso de aquellas garantías de las cuales son titulares:

Es deber de la familia, la sociedad y el Estado garantizar que los niños, adolescentes y jóvenes, tengan derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, a la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, con absoluta prioridad, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

México por su parte, en el artículo 4 de su Constitución, opta por consagrar expresamente el interés superior en el texto constitucional:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

En el contexto africano, es pertinente destacar la Constitución de Sudáfrica, que en materia de reconocimiento opta por una fórmula amplia al consagrar, en su artículo 28:

El interés superior del niño es de suma importancia en todos los asuntos que le conciernen.

Si bien esta técnica legislativa podría interpretarse como la consagración de un principio que, idealmente, abarcará todos los derechos del texto constitucional, ello no ha sido así de claro en la práctica. Su excesiva amplitud ha abierto un espacio de debate respecto a si niños, niñas y adolescentes son titulares de la totalidad de los derechos contenidos en las constituciones o si, por el contrario, solo de aquellos que expresamente así lo señalan. Por ello, la posición mayoritaria está por agregar una mención expresa en este sentido, reforzando el deber del Estado y excluyendo interpretaciones que nieguen su condición de sujetos de derecho.

Esta postura de reforzar el reconocimiento a través de una cláusula expresa, en relación al caso chileno, fue propuesta en entrevista por una especialista en derechos humanos:

[...] a lo mejor lo importante más que repetir los derechos específicos, lo adecuado es dar ciertas garantías en la Constitución, y a mí me parece que, por ejemplo, reconocer que niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos y decirlo expresamente, a pesar que la Constitución de hoy en día no lo dice, pero evidentemente tampoco lo prohíbe, pero eso hace que tengamos ese imaginario que los derechos de la Constitución fueran solo para las personas adultas (Académica nacional de ciencias jurídicas experta en derechos humanos y enfoque de género)³⁵.

En definitiva, la experiencia comparada, y las opiniones expertas consultadas, permiten concluir que se requiere de una combinación de dos mecanismos de reconocimiento a la hora de incorporar la condición de sujetos de derecho al texto constitucional, como se indica en el cuadro de resumen del capítulo a continuación.

³⁵ Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

Señalar expresamente el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, afirmando que son titulares de todos los derechos contenidos en ella, sin perjuicio de los derechos específicos derivados de sus condiciones de desarrollo y necesidades específicas.

Declarar en el texto constitucional expresamente la calidad de sujetos de derecho, como se ha observado en este capítulo, tendría importantes consecuencias en favor de niños, niñas y adolescentes:

Primero, el reconocer esta calidad es una declaración en favor del reconocimiento, también, de los tres principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño: la autonomía progresiva, el interés superior y el derecho a ser oído. La calidad de sujetos de derecho está necesariamente ligada a ellos.

Adicionalmente, el reconocimiento de este estatus impone al Estado el deber de desarrollar acciones afirmativas para garantizar su no discriminación y reconocer su carácter de grupo en situación de vulnerabilidad. En esta misma línea, esta incorporación permitirá superar el nulo reconocimiento de niños, niñas y adolescentes en la Constitución de 1980, que ha tenido graves consecuencias en el diseño e implementación de políticas públicas, donde la visión subsidiaria del Estado ha primado favoreciendo, de manera dramática, la evidente la desprotección de este colectivo.

Finalmente, cabe añadir que, en base a la experiencia comparada analizada, es pertinente afirmar que la sola mención de la calidad de sujetos de derecho puede resultar insuficiente y dejar un excesivo margen interpretativo que amenace la titularidad de derechos de niños, niñas y adolescentes, por lo que conviene, conjuntamente con afirmar a calidad de sujetos de derecho, una mención expresa a que son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución.





V. CONCIBIENDO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO CIUDADANOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado en 1966 y ratificado por Chile en 1972, establece, en su artículo 25, el derecho que tienen los ciudadanos de una nación:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) **Participar en la dirección de los asuntos públicos**, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) **Votar y ser elegidos en elecciones periódicas**, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) **Tener acceso**, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

El artículo 2 mencionado establece que los Estados parte se comprometen a respetar y a garantizar los derechos que se mencionan en el Pacto a todos los individuos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³⁶. En esta oportunidad no se menciona la edad como un factor a considerar, lo que se subsana con la Observación General N°3 del Comité de Derechos Humanos, en 1981³⁷, y más específicamente con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y otros instrumentos asociados.

³⁶ Numeral 1, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en www.bcn.cl/ley-chile/navegar?idNorma=15551

³⁷ En esta Observación General se establece que “la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción” por lo que se entiende que también esos derechos les corresponden a niños, niñas y adolescentes. Documento disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6632&Lang=es

No obstante, la actual Constitución Política del país, redactada en 1980, establece, en el artículo 13 de su segundo capítulo, que los ciudadanos son “los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran³⁸”.

Esta concepción de ciudadanía evidencia una limitación entre quienes pueden participar de los asuntos públicos y quienes no, discriminando a niños, niñas y adolescentes por ser menores de 18 años, a migrantes que no cuentan con la nacionalidad chilena, y a quienes se encuentran privados de libertad, pudiendo existir niños, niñas y adolescentes dentro de las dos últimas condiciones.

Como ya se expuso, con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1990, por parte del Estado de Chile, esto supuso un cambio de paradigma de la niñez, pasando de una visión tutelar a una donde niños, niñas y adolescentes son reconocidos como sujetos de derecho y, como tales, tienen los mismos derechos que un adulto, más otros de especial protección debido a su estado de desarrollo, obligando a los Estados partes a “fijar unos objetivos reales y asequibles en relación con toda la gama de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos para todos los niños³⁹” reconociéndolos como sujetos políticos.

Al revisar la experiencia comparada en el ámbito constitucional, Ecuador, por ejemplo, establece en su artículo 6 que “todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución” no discriminando por edad u otra condición. Asimismo, reconoce, en el numeral 2 del artículo 45:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar⁴⁰.

Es la única Constitución que reconoce la calidad de ciudadanos a niños, niñas y adolescentes, ya que la Constitución de Venezuela, si bien en su artículo 78 hace mención de la ciudadanía para esta población, lo menciona en términos futuros: “(...) El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”⁴¹.

38 Capítulo II Nacionalidad y Ciudadanía disponible en <https://senado.cl/capitulo-ii-nacionalidad-y-ciudadania/senado/2012-01-16/O93226.html>.

39 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. 32, pág. 10. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf

40 Disponible en www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

41 Artículo 78 de la Constitución Política de Venezuela. Disponible en www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Por su parte, la Constitución de Nicaragua establece la ciudadanía desde los 16 años⁴², y en Colombia se establece a los 18 años “mientras la ley no decida otra edad”⁴³, por lo que en ambos países la ciudadanía se discrimina por edad.

Dado los estándares de derechos humanos, diversos académicos⁴⁴ han planteado la necesidad de ampliar el concepto de ciudadanía en las Constituciones, a uno que pueda considerar a la niñez y adolescencia como parte de la toma de decisiones un país, respaldado por el derecho que tiene todo niño, niña y adolescente a ser oído en los asuntos que les afecten⁴⁵.

Sobre el concepto de ciudadanía existen diversos enfoques teóricos: liberal, comunitario, republicano y otros recientes globalistas y digitales. La actual Constitución Política de Chile tiene una visión donde la ciudadanía se reduce a una incidencia limitada, a través del sufragio, y donde se privilegia la participación más en el ámbito privado que el público⁴⁶.

En la misma línea opina un especialista de derechos humanos:

Yo creo que la idea de ciudadanía para mi está muy asociada a la posibilidad de participar en los procesos sociales, pero la idea de ciudadanía de nuestras constituciones está muy vinculada con votar, con cumplir con los requisitos para votar y esa es una idea muy mezquina [...] Por lo tanto, no puede o no se debería avanzar sobre una idea de ciudadanía liberal, que es la que excluye, porque si avanza sobre esa idea, los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los migrantes van a quedar fuera, etc., entonces Chile debe avanzar en una ciudadanía que integre, porque estos grupos son fundamentales de un Chile que quiere superar a la dictadura (Abogado de organismo internacional de derechos humanos).

Es por eso que es necesario contar con un concepto más amplio de ciudadanía. Una propuesta es realizada por el abogado y académico chileno Domingo Lovera, quien menciona que como país debemos pasar 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 y su capacidad de agencia como sujetos de derecho, con sus propias formas de participar y no como réplica de los modelos adultocéntricos.

⁴² Artículo 47 de la Constitución Política de Nicaragua. Disponible en www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf

⁴³ Artículo 98 de la Constitución Política de Colombia. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf

⁴⁴ Para profundizar y ver más autores, ver Lovera, D. (2017). «Ciudadanía constitucional de niños niñas y adolescentes» en UNICEF Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Pp. 151 a 184.; Gaitán & Liebel (2011) Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños”, capítulo 6 Los niños como ciudadanos, pp. 95-110.

⁴⁵ Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?id-Norma=15824

⁴⁶ Ver Lovera, D. (2017). «Ciudadanía constitucional de niños niñas y adolescentes» en UNICEF Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Pp. 151 a 184.; Gaitán & Liebel (2011) Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños”, capítulo 6 Los niños como ciudadanos, pp. 95-110.

Por su parte los científicos sociales británicos Robert Lawy y Gert Biesta acuñan el concepto de ciudadanía como práctica, la que definen como:

La ciudadanía como práctica no pretende que las personas jóvenes tengan que recorrer una determinada vía hasta llegar a tener estatus de ciudadanos o que sea la función del sistema educativo desarrollar estrategias y accesos adecuada para preparar a los jóvenes para convertirse en ciudadanos “buenos” y diligentes. No comparte la dicotomía común entre el estatus de un ciudadano y de un aún no ciudadano. Es más inclusiva que exclusiva, puesto que su base es el convencimiento de que todas las personas -también los jóvenes- son ciudadanos que simplemente transcurren por la ciudadanía como práctica “desde la cuna hasta la tumba”⁴⁷.

Con esto, los autores quieren manifestar que la ciudadanía no es algo que se logra, sino que se nace con ella debido a que “la niñez y la juventud forman parte integral de la sociedad y que su vida se desarrolla dentro del orden sociopolítico, económico y cultural existente”⁴⁸.

Otro concepto corresponde al de ciudadanía centrado en las diferencias, el que se entiende al menos en dos sentidos, uno que reconoce la diversidad existente entre los individuos de una misma sociedad, referente a características físicas, sociales, territoriales, entre otras, y otro sentido entendido como el sentimiento de “pertenencia a través del reconocimiento de deseos subjetivos de formar parte de la sociedad como miembro pleno sin tener que cumplir con ciertos criterios normativos para ello”⁴⁹. En este sentido, la científica social canadiense, Mehmoona Moosa-Mitha, plantea que:

De esta forma, los niños no tienen que ser responsables del cómo es el mundo y no tienen que tener la capacidad psíquica de hacer “elecciones racionales”, pero con seguridad ellos responden, transmiten, se oponen, tienen sus puntos de vista e interactúan con las condiciones sociales que los rodean. Incluso los más pequeños tienen presencia y expresan su voluntad de acción de diversas formas, dando a conocer sus necesidades, deseos, preferencias y aversiones o su alegría y felicidad mediante su llanto, su sonrisa y otras formas de comunicación tanto verbales como no verbales⁵⁰.

Un último concepto a presentar corresponde al de ciudadanía desde abajo, que ha sido trabajado por el académico alemán Manfred Liebel, manifestando que es el tipo de ciudadanía que tienen niños, niñas y adolescentes al encontrarse al margen del poder y que, dada esa situación, “se toman el derecho como si ya fueran

⁴⁷ Lawy y Biesta (2006) “Citizenship-as-Practice: The Educational Implications of an Inclusive and Relational Understanding of Citizenship” *British Journal of Educational Studies*, pá. 43, citado en Gaitán & Liebel (2011) *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños* págs. 98-99

⁴⁸ Gaitán & Liebel (2011) *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños* pág. 99

⁴⁹ *Ibid.* Pág. 104

⁵⁰ Moosa-Mitha, M (2005) “A Difference-Centred Alternative to Theorization of Children’s Citizenship Rights” *Citizenship Studies*, 9(4), págs 380-381, citado en Gaitán & Liebel (2011) *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños* pág. 105

ciudadanos plenos, muy conscientes de que se les priva de cierta ventajas”⁵¹. Esta capacidad de agencia la hemos presenciado en el país con los movimientos de estudiantes secundarios que, ante no ser escuchados, manifiestan socialmente su parecer, logrando incidir en la agenda pública.

Presentando lo anterior es que, como Defensoría de la Niñez, se recomienda reconocer la calidad de ciudadanos a niños, niñas y adolescentes, ampliando el concepto que hoy comprende ésta, más allá del cumplimiento de una edad, reconociéndoles que son parte de esta sociedad desde el momento en que nacen, y que juegan un rol importante, tanto en el desarrollo del país como en la toma de decisiones⁵².

Un académico experto en derecho constitucional plantea, sobre la relación entre los conceptos de ciudadanía y participación, que:

La participación es casi sinónimo de ciudadanía, y la ciudadanía es, en alguna medida, el título o el estatus que nos permite participar en la dirección del gobierno público. Cuando uno participa con su título de ciudadano, con muchas otras personas, por cierto, es para impregnarle cierto carácter al Estado y al gobierno, y moverlo en una u otra dirección. Entonces, cuando niños, niñas y adolescentes quedan al margen de la participación, están quedando al margen de la ciudadanía, y su voz finalmente no termina siendo una voz relevante para efectos de lo que el gobierno o el Estado pueda hacer. (Académico nacional de ciencias jurídicas experto en derecho constitucional)⁵³.

Esta última idea planteada por el experto constituiría una réplica del adultocentrismo que les excluye y no reconoce la autonomía progresiva de la que son titulares niños, niñas y adolescentes, dejándoles fuera de participar de las decisiones de su comunidad política. Por ende, reduciríamos su libertad positiva al no dar esa garantía de, en lenguaje de la filósofa Hannah Arendt, su posibilidad de acción, que permita al menos incidir en su entorno y así ser más libres. Como ella bien dice “quien no esté interesado en los asuntos públicos tendrá que contentarse con que sean decididos sin él. Pero debe darse la oportunidad a cada persona”⁵⁴. Esto se traduce en la garantía libre e informada de participar para todos los niños, niñas y adolescentes que así lo quieran.

En ese sentido, el nuevo texto constitucional debería dejar atrás las concepciones de la niñez y adolescencia como un grupo silenciado, sin capacidad de presión política por no tener derecho a voto⁵⁵, invisibilizando la cotidianidad y praxis de ésta sólo por el hecho de tener menos de 18 años.

⁵¹ Gaitán & Liebel (2011) Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños” pág. 100

⁵² El derecho a la participación abarca los artículos 12, 13, 14, 15, 17 y 31 de la convención sobre los Derechos del Niño. Fuente Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 323, pág. 132. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf

⁵³ Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

⁵⁴ Arendt, H. (1998). La crisis de la república. Taurus: Madrid. Pág. 232.

⁵⁵ Gaitán, L. y Liebel, M. (2011). Ciudadanía y derechos de participación de los niños. Madrid: Síntesis.

En términos de la democracia, el cientista político Osvaldo Lazzetta se refiere a que esta “no es un puro sistema de mayoría basado en elecciones. El principio mayoritario no basta para fundar las instituciones democráticas y las elecciones no garantizan que un poder sea plenamente democrático: debe estar puesto a pruebas de control y validación que sean concurrentes y complementarias de la expresión mayoritaria”⁵⁶. En este control y validación es necesaria la participación de todos y todas quienes componen la sociedad, incluidos los niños, niñas y adolescentes.

El derecho a sufragio es un derecho fundamental y es una deuda para el caso de las y los adolescentes, pero además de éste, también es importante reconocer y validar otros mecanismos y procedimientos de participación, más allá del voto, que se adecuen a la realidad y práctica que tiene esta población. Para ello se necesitará levantar mecanismos voluntarios y propios de los niños, niñas y adolescentes⁵⁷.

Lo expuesto remarca la importancia de extender las oportunidades para que la niñez y adolescencia pueda, en primera instancia, contar con la información necesaria para expresarse por sí misma y ser escuchada en lo que tienen que decir, con sus propias palabras, reconociendo sus ideas en la toma de decisiones, en base a su cultura única y su praxis⁵⁸, entendiendo que tienen una experiencia y una perspectiva diferente y propia⁵⁹, tal como los estándares de derechos humanos lo establecen.

Relevar esto es particularmente importante ya que puede incidir, también, en mejorar los niveles de calidad de la democracia. Autores como Bassa y Lovera, en relación con la participación de niños, niñas y adolescentes, señalan que “una participación efectiva no puede sino principiar por procedimientos, así como de los asuntos de especial relevancia”⁶⁰, siendo especialmente clave esto teniendo en cuenta, citan los autores, estudios que muestran un bajo nivel de conocimientos e involucramiento cívico de las adolescencias.

De hecho, el Estudio Internacional sobre Educación Cívica y Ciudadanía, de 2016 (ICCS), indicó que más de dos tercios de las y los estudiantes latinoamericanos manifestaron su apoyo a una dictadura⁶¹. Esto “presentaría un escenario alarmante relacionado con la preparación cívica que necesita ser abordado por el sistema educativo”⁶².

⁵⁶ Lazzetta, O. (2011). “La democracia delegativa y su cara estatal. Un abordaje del caso argentino” en O Donnell, Lazzetta, O. y Quiroga, H. Democracia Delegativa. Prometeo Libros: Buenos Aires, p. 85

⁵⁷ En la Observación General N° 25 del Comité de los Derechos del Niño, se habla de poder ampliar los espacios de participación al entorno digital, emplazando a los Estados a generar todos los resguardos necesarios para que esta participación sea segura.

⁵⁸ Jamison, A. y Gilbert, L. (2010). La opinión de los niños en la comunidad y el gobierno. En A. Smith, N. Taylor, y M. Gollop, Escuchemos a los niños (págs. 295-330). México DF: Fondo de Cultura Económica.

⁵⁹ Ludbrook, R. (1995). Should Children have the right to vote? Discussion paper 003/95. National Children's and Youth Law Centre, Sydney. Enlace: <https://catalogue.nla.gov.au/Record/1512887>

⁶⁰ Consejo Nacional de la Infancia. (2015). Estudio “La participación incidente de niñas, niños y adolescentes en políticas públicas y el reconocimiento constitucional de sus derechos” realizado por Jaime Bassa M. y Domingo Lovera P. Santiago, Chile. Pág. 14

⁶¹ IEA (2019) Compass. Boletines de educación. Num 7. Disponible en www.iea.nl/sites/default/files/2020-11/IEA%20Compass%20Brief%207_Spanish.pdf

⁶² Osorio, G. y Salidas, E. (2021) Chapter 3. The Influence of International Civic and Citizenship Studies on Education in Chile” in Influences of the IEA Civic and Citizenship Education Studies: Practice, Policy, and Research Across Countries and Regions Editors: Barbara Malak-Minkiewicz Judith Torney-Purta: Springer

No obstante, también el ICCS en el mismo reporte encontró una relación entre los y las estudiantes con mayores conocimientos cívicos o quienes conversan estos temas en familia y quienes fueron menos proclives a apoyar una dictadura⁶³. Es por esto la importancia de contar con una educación cívica robusta, que sea capaz de acompañar la agencia que niños, niñas y adolescentes tienen, y que se puedan subsanar los resultados encontrados por el Programa de Naciones para el Desarrollo (PNUD) en 2018, que demuestran que la implementación ha estado dirigida “al cumplimiento de la normativa (...) más que a garantizar experiencias significativas y vinculantes de participación, y coexisten con prácticas de gestión y enseñanza menos democráticas”⁶⁴. Además, se recalca el hecho de que las experiencias estudiadas han tenido un carácter episódico, más que articularse a los contenidos de cada asignatura, generando así el riesgo de “hacer de la formación ciudadana una experiencia que opera como hito, que no se articula con la enseñanza que tiene lugar en las asignaturas y que sobrecarga el calendario y las horas escolares”⁶⁵.

⁶³ IEA (2019) Compass. Boletines de educación. Num 7. Disponible en www.iea.nl/sites/default/files/2020-11/IEA%20Compass%20Brief%207_Spanish.pdf

⁶⁴ PNUD. 2018. Estudio sobre la puesta en marcha del Plan de Formación Ciudadana. Santiago de Chile, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 4. Disponible en: www.ciudadaniayescuela.cl/wp-content/uploads/2018/04/Estudio-puesta-en-marcha-del-Plan-de-Formaci%C3%B3n-Ciudadana.pdf

⁶⁵ Ibid. pág. 5.

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

Dado que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho con capacidad de agencia, se recomienda incorporar en el nuevo texto Constitucional que son ciudadanos y ciudadanas.

Esto implica abordar un concepto más amplio y comprehensivo de la ciudadanía, respecto de lo que actualmente entiende la Constitución vigente, que va más allá del voto y la representación para cargos públicos.

Es por ello que el nuevo concepto de ciudadanía debería reconocer la capacidad de agencia que tienen todas las personas, especialmente niños, niñas y adolescentes, en el día a día, y no tan sólo entenderla de forma episódica, cuando ocurren elecciones populares.

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 y con intergeneracionalidad.





VI. ESTABLECIENDO LA JERARQUÍA 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 el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Actualmente la ausencia del reconocimiento de su rango constitucional ha incidido en la dificultad que han experimentado los órganos del Estado, al momento de aplicar tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, en la práctica. Esto afecta directamente a los niños, niñas y adolescentes en diversos ámbitos de su vida, al carecer de una adecuada protección de parte los órganos del Estado en relación al ejercicio de sus derechos, especialmente en ámbitos jurisdiccionales.

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 (29 de junio de 2021)⁶⁶ 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 4º)⁶⁷. 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.

⁶⁶ Parlamentarias y parlamentarios de Chile Vamos, con fecha 29 de junio de 2021, presentaron requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que se declaren parcialmente inconstitucionales tres preceptos del proyecto de Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (Boletín N° 10.315-18).

⁶⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 11317-21, 26 de julio de 2021.

Incorporación e interpretación de tratados internacionales de derechos humanos

El asunto de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, en Chile, ha sido un tema controvertido bajo la Constitución Política vigente, principalmente porque en el texto no existe una norma que establezca el rango constitucional de los tratados internacionales, en general, ni tampoco respecto a aquellos de derechos humanos que estos instrumentos consagran. Por tanto, para definir este tema se ha interpretado el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política, cláusula que por mucho tiempo ha suscitado diversas interpretaciones, debido a la falta de literalidad en la norma respecto a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la jurisprudencia nacional, este último tiempo, ha integrado las normas y principios de derecho internacional de derechos humanos a la normativa interna, otorgándole un rango supralegal⁶⁸, e incluso constitucional, a los tratados internacionales de derechos humanos⁶⁹.

En este marco, es importante destacar que uno de los compromisos que ha adquirido el Estado de Chile es la promoción y protección de los derechos humanos a través de la suscripción y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, tanto aquellos del ámbito regional como universal. A la fecha, nuestro país ha suscrito y ratificado la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, no obstante, aún existen algunos pendientes de ratificación⁷⁰. Por tanto, la relevancia de definir y dar claridad a este aspecto, no sólo será importante para la actuación de los tribunales de justicia, sino que también para la actuación de todos los órganos del Estado, los que se encuentran obligados a dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en dichos tratados, lo que afecta a los niños, niñas y adolescentes respecto a la aplicación de tratados tales como la CDN.

En la práctica esta temática es sumamente relevante puesto que tiene relación con los límites de la soberanía del Estado y el rol de los derechos humanos a este respecto. Es por ello que, la definición que la nueva Constitución adopte sobre la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de niñez y adolescencia, su rango constitucional y su interpretación, serán determinantes en relación a la efectividad de su aplicación en el ámbito interno y, en definitiva, impactará en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la práctica.

⁶⁸ Nash, C. (2012). Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno.

⁶⁹ Henríquez M. (2008). Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 73-119.

⁷⁰ En cuanto a los tratados internacionales de derechos humanos aún se encuentran pendientes de ratificación dos tratados de carácter universal sobre la implementación de mecanismos para la presentación de quejas individuales de víctimas de violación de derechos humanos en casos de Discriminación Contra la Mujer y de violación a los Derechos Económicos Sociales y Culturales. A su vez, en el ámbito regional el Congreso no ha aprobado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador". Asimismo, tampoco se ha dado comienzo a la tramitación de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013) ni tampoco de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013) en Vargas, A. (2020). Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre Derechos Humanos. Asesoría técnica parlamentaria.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos, no responde específicamente cómo se deben incorporar los tratados internacionales de derechos humanos en la normativa interna, ni tampoco define qué rango constitucional debiesen tener. Sin embargo, de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados (1969)⁷¹, los Estados deben tomar acciones concordantes con el principio de buena fe del cumplimiento de tratados internacionales y alcanzar un cumplimiento efectivo de las obligaciones que de ellos emanan, respecto a lo cual no pueden argumentar en base a su derecho interno como justificación del incumplimiento de aquellas⁷². Por estos motivos el Estado de Chile debe actuar conforme a dichas obligaciones, sin excusas.

Antecedentes

Como planteamos anteriormente, en Chile, la norma que se ha interpretado para definir el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, ha sido el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política vigente, lo que ha significado, en la práctica, contar con diversas interpretaciones sobre la materia, incluso contradictorias entre sí. En la práctica, esto se ha traducido en el entorpecimiento de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. En relación a lo anterior, la siguiente cita es ilustrativa:

en la cláusula donde se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos y ahí yo creo que fuera deseable que fuera una cláusula por un lado más clara que la cláusula actual donde, por ejemplo, no está claro cuál es la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, pero además más robusta que no solamente se refiere a cómo se van a incorporar los tratados de derechos humanos, sino también a el conjunto de estándares y principios del derecho internacional de derechos humanos [...]. (Académico nacional de ciencias jurídicas experto en derechos humanos)⁷³.

Pese a las dificultades señaladas, a partir del año 2004, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en nuestro país (Corte de Apelaciones y Corte Suprema), de manera progresiva, han recepcionado sustantivamente el derecho internacional de derechos humanos⁷⁴. No obstante, es posible dar cuenta de dificultades en dicha recepción, por ejemplo, en órganos como el Tribunal Constitucional, que ha considerado que los tratados internacionales tienen rango legal⁷⁵, lo que ha tenido efectos restrictivos en la interpretación de los derechos que allí se consagran.

⁷¹ Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁷² Nash C. (2020), Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, p. 34.

⁷³ Cita de experta en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación "Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno" de la Defensoría de la Niñez, aún en desarrollo.

⁷⁴ Nash C., (2020), op.cit., p. 35.

⁷⁵ Nash C. (2012), op.cit.

Como señalamos previamente, con fecha 29 de junio de 2021, un grupo de parlamentarios y parlamentarias dedujeron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, solicitando la inconstitucionalidad parcial de tres preceptos del proyecto de Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia⁷⁶. Específicamente, en este caso se requirió la eliminación de ciertas frases de los artículos 11, 31 y 41, por considerar que se daba preferencia a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes por sobre el derecho-deber preferente de los padres a educar a sus hijos e hijas. El 15 de julio de 2021, el Tribunal Constitucional de Chile acogió dicho requerimiento de inconstitucionalidad en todas sus partes, cuya sentencia señala que existe una excesiva interferencia de regulación del Estado en un espacio desregulado como es la libertad de la familia, “esencialmente desregulado desde el punto de vista jurídico”, donde predominaría, según el voto mayoritario, una regulación social doméstica⁷⁷. Lo anterior contradice los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, el principio del interés superior del niño, entre otros. En definitiva, con la interpretación que acoge el fallo del Tribunal Constitucional, se infringe el artículo 5 de la Constitución Política, al no aplicar en esta materia los estándares de derecho internacional de derechos humanos, específicamente la Convención sobre los Derechos de Niño⁷⁸.

Como antecedente, respecto a la problemática de esta cláusula constitucional, es importante mencionar que, en el segundo gobierno de Michelle Bachelet, se propone una reforma constitucional⁷⁹ que apuntaba a “[...] fijar los acuerdos sociales básicos sobre el modelo de Estado, la relación entre la persona y el Estado, los derechos fundamentales, el sistema de gobierno y el modelo jurídico de Estado que identifique a nuestra sociedad actual”⁸⁰. En este marco, se propone la modificación del artículo 5° de la Constitución Política vigente por otro (Ver tabla). Además de las modificaciones en relación al inciso 1° y 2° de dicho artículo, se incorporó una última frase, relacionada con la forma de interpretación de los derechos que deben realizar los órganos del Estado, de manera de conciliar normativa interna con la internacional de derechos humanos.

⁷⁶ Boletín N° 10.315-18 sobre el proyecto de Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 11317-21, 26 de julio de 2021, considerando 4°.

⁷⁸ Defensoría de la Niñez (2021), Declaración Pública de la Defensoría de la Niñez por fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Garantías. Disponible en: www.defensorianinez.cl/noticias/declaracion-publica-de-la-defensoria-de-la-ninez-por-fallo-del-tribunal-constitucional-sobre-la-ley-de-garantias

⁷⁹ Esta reforma constitucional fue propuesta por la presidenta Michelle Bachelet días antes de finalizar su mandato, el 06 de marzo de 2018,

⁸⁰ Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República, p. 20-21. Disponible en: <file:///C:/Users/oriel/OneDrive/Escritorio/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>.

Constitución Política Vigente	Propuesta de reforma de Constitución Política (2018)
<p>Artículo 5°: La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.</p> <p>El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.</p>	<p>Artículo 4°: La soberanía reside en la Nación y en sus diversos pueblos indígenas. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones y los plebiscitos que esta Constitución y las leyes establecen, así como por los órganos y autoridades públicas en el desempeño de sus cargos. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.</p> <p>El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos. Es deber de los órganos del Estado y de todas las personas respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución⁸¹.</p>

El artículo 4° de la propuesta de reforma constitucional, no se pronuncia explícitamente sobre el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, sin embargo, al incorporar la cláusula de conciliación, obliga a los órganos de los Estados a interpretar los derechos humanos de estos tratados con aquellos que se reconocen en la Constitución Política, armonizando ambos ámbitos normativos.

En este sentido, se puede observar que no solo es relevante establecer la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que también es necesario incorporar principios interpretativos que permitan a los órganos del Estado contar con herramientas para su aplicación y armonización con la normativa interna.

⁸¹ Boletín N° 11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República.

Cómo se aborda en la experiencia comparada

Respecto a la materia, en la experiencia comparada se ha resuelto lo anterior de diversas maneras, principalmente se pueden categorizar así:

- a) quienes ubican a los tratados en un mismo plano jerárquico que las leyes internas;
- b) otros, que consideran a los tratados con una jerarquía superior a las leyes;
- c) aquellos que otorgan rango constitucional a los tratados;
- d) finalmente los que reconocen un rango supraconstitucional a los tratados internacionales⁸².

A partir de lo anterior, es posible advertir distintas fórmulas al momento de incorporar el derecho internacional de los derechos humanos a la normativa interna, las que dependen de las tradiciones jurídicas y constitucionales de cada país, entre otros elementos que inciden en esta definición.

No obstante, en Chile, si bien no existe una única postura al respecto, la mayoría de los especialistas en materia de derechos humanos están de acuerdo sobre la jerarquía constitucional que debiesen tener los tratados internacionales de derechos humanos⁸³, además de coincidir esta interpretación con la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Suprema antes mencionada. Aun en este contexto, es decir, 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 del derecho internacional de derechos humanos con aquellos que se reconocen en el ámbito doméstico.

La experiencia comparada ofrece algunas pistas para orientar una respuesta adecuada, desde un enfoque de derechos humanos. A continuación, se expondrán algunas fórmulas que han adoptado algunos países en la línea de dar una respuesta frente a estos conflictos normativos:

En el contexto de la reforma constitucional Argentina, de 1994, en su artículo 75 número 22⁸⁴, se incorporó una selección de tratados específicos señalando que, si bien tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Argentina y deberán entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente⁸⁵. Así, se incorpora una

⁸² Henríquez M. (2008), op.cit., p. 76.

⁸³ La Tercera (2020), ¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile?, 26 de septiembre de 2020. Disponible en: www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4

⁸⁴ Artículo 75 (corresponde al Congreso) número 22. "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

⁸⁵ Así se pronunció el profesor Rodolfo Figueroa, director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Diego Portales Universidad Diego Portales (2020). ¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile? Disponible en línea: <https://derecho.udp.cl/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile>

cláusula de interpretación conforme, que obliga a aplicar el derecho interno en concordancia con la normativa internacional de derechos humanos, reconociendo la jerarquía constitucional de los tratados internacionales.

Por su parte, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma de 2011, específicamente de su artículo 1^o⁸⁶, incluye una cláusula constitucional que permite la interpretación conforme entre la normativa internacional de derechos humanos y la normativa interna estableciendo, en esa interpretación, el principio pro-persona.

Así también, la Constitución española, en su artículo 10 inciso segundo⁸⁷, consagra una norma de interpretación conforme. En este caso, la Carta Política establece una técnica hermenéutica al momento de interpretar y aplicar las normas constitucionales relativas a derechos, estableciendo que estas se deben interpretar conforme a tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España sobre el tema.

Claudio Nash, académico experto en derecho internacional de los derechos humanos, analizando la experiencia comparada y considerando la teoría constitucional, plantea la importancia de contar con una cláusula de interpretación conforme entre las normas constitucionales y normas de tratados, que obligue a interpretarlas en concordancia, articulando estas dos fuentes de derecho. Esto quiere decir que las normas internacionales se deben conciliar con las normas internas y, así, obligar a la jurisprudencia a incorporar, de manera armónica, ambas normativas. Nash, concluye que una buena forma de resolver lo anterior, es combinar ambos elementos, es decir, por un lado, reconocer los derechos humanos establecidos en tratados internacionales con rango constitucional, lo que facilitará su implementación en el ámbito interno y, por otra parte, consagrar “principios interpretativos que permitan dinamizar la protección a través del diálogo entre múltiples niveles de protección (principio de interpretación conforme y principio pro-persona, por ejemplo)”⁸⁸. Desde esta perspectiva, la apertura al derecho internacional de los derechos humanos le otorga mayor dinamismo a la normativa constitucional, pues materias de derechos y garantías evolucionan con mayor rapidez en el ámbito del derecho externo. De esta manera se refuerza la protección de los derechos reconocidos en las constituciones⁸⁹.

⁸⁶ Artículo 1°: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. / Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. [...]”

⁸⁷ Artículo 10 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. / 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

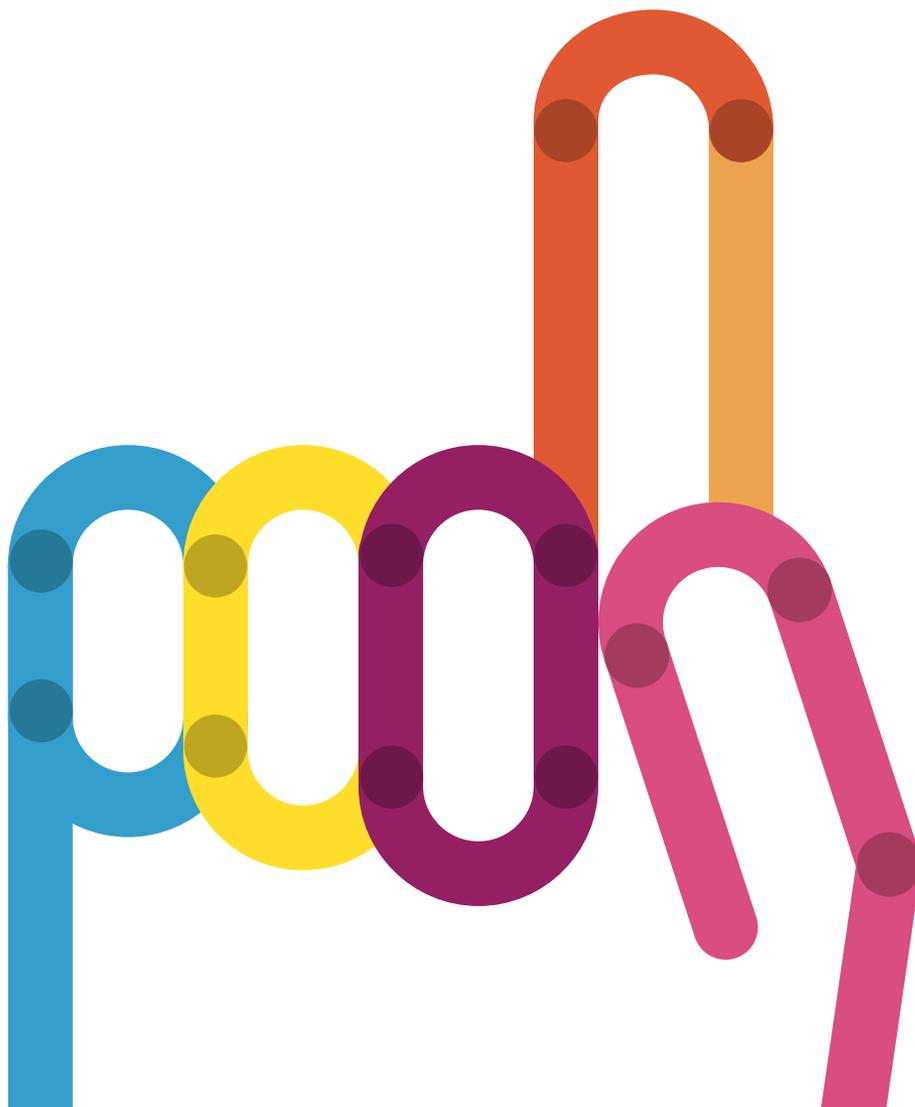
⁸⁸ Nash (2021), op.cit., p.37.

⁸⁹ Un panel de expertos, entre los cuales se encuentra la doctora en derecho Carolina Salas, debaten este tema en profundidad en el Seminario sobre “Incorporación y Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Nueva Constitución” de la Pontificia Universidad Católica de Chile, con fecha 21 de julio de 2021. Disponible en: www.youtube.com/watch?v=6BdJuRGLMPc.

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

Desde esta perspectiva la Nueva Constitución debe establecer 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.





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

El principio de igualdad y no discriminación, en su triple faceta, en tanto principio, derecho y norma de obligado cumplimiento (*ius cogens*)⁹⁰, es estructurante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹¹, y constituye un eje central en el sistema internacional de derechos humanos desde sus orígenes⁹². De ahí que encuentre expresión en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁹³, de dónde también podemos extraer su significado.

Así, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de la obligación de respeto de los derechos, se consagra esta cláusula, señalando que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De esta manera, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conformado por la Comisión (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CDH), en su jurisprudencia e informes, lo ha entendido como un principio rector, como derecho y como garantía, dado que “se trata de un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional”⁹⁴.

⁹⁰ Es decir, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, de conformidad al artículo 53 de la Convención de Viena.

⁹¹ Nash, C. & David, W. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano, pág. 163, en *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142515/Derechos-humanos-y-juicio-justo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁹² Así, la Carta de Naciones Unidas, de 1945, en su preámbulo declara la igualdad de derechos de hombres y mujeres, estableciendo como uno de sus objetivos el respeto de los derechos humanos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

⁹³ Así lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, y en general, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos recientes, en el ámbito universal y regional, consagra una cláusula de igualdad y no discriminación.

⁹⁴ CIDH. 2019. Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos, pág. 22. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf

En lo que respecta al principio de igualdad, la CIDH ha sostenido que:

Es uno de los principios rectores de todo el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, a no recibir un trato discriminatorio y a que el Estado promueva las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, ocupa un lugar central en todo el corpus iuris internacional dado que se trata de un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de los restantes derechos humanos⁹⁵.

Lo anterior, da cuenta de una noción formal de igualdad, en que se prohíben diferencias de trato que sean caprichosas o arbitrarias. Además de ello, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se desarrolla un concepto de igualdad material o real, en base al reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas que permitan su equiparación, lo que “implica la necesidad de un trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”⁹⁶.

Por ello, 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. Respecto a este, se ha señalado que “constituye una protección particularmente significativa, que incide en la garantía de todos los demás derechos y libertades consagrados en el derecho interno y el derecho internacional”⁹⁷.

En esta línea, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, del año 2013, pendiente de ratificación por el Estado de Chile, entiende por discriminación:

Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes⁹⁸.

⁹⁵ Informe No. 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar Melinka). Chile. 29 de noviembre de 2016, en Compendio sobre igualdad y no discriminación, pág. 25. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf

⁹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos, pág. 33. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-Igualdad-NoDiscriminacion.pdf

⁹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre terrorismo y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002, párr. 35, en Compendio sobre igualdad y no discriminación, pág. 23. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf

⁹⁸ Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, artículo 1.

Así, podemos dar cuenta de los elementos de discriminación desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos, consistentes en:

- i) que exista una distinción, exclusión, restricción o preferencia;
- ii) basada en determinados motivos o categorías prohibidas de discriminación, y
- iii) que tenga por objeto o por efecto (resultado) anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos⁹⁹.

Las normas, acciones, prácticas o políticas pueden resultar discriminatorias, aun no queriendo generar ese efecto de manera intencional, a pesar de aparecer como neutrales en su formulación y aunque se trate de medidas de alcance general y no diferenciado¹⁰⁰. De ahí que es necesario tener presente que la discriminación no sólo se puede dar de modo expreso, sino que también de manera indirecta, es decir, las normas, prácticas o políticas pueden tener un impacto discriminatorio sobre grupos de especial vulnerabilidad, como son los niños, niñas y adolescentes. Esto se conoce como discriminación indirecta¹⁰¹, que se encuentra prohibida a los Estados por el Derecho Internacional.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, apunta a la discriminación múltiple e interseccional, refiriéndose a aquellos casos en que existe “interseccionalidad”, dado que se presenta “la confluencia en forma transversal de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a una serie de condiciones particulares”¹⁰², como, por ejemplo, ser niña, mujer, migrante y en situación de pobreza.

En cualquier caso, la obligación del Estado no solo involucra su deber de abstenerse de discriminar, directa o indirectamente, en los hechos o en el derecho, sino que además le obliga a adoptar medidas para cambiar situaciones discriminatorias y así evitar incurrir en responsabilidad internacional, particularmente al tratarse de grupos de especial protección, como son los niños, niñas y adolescentes¹⁰³. En este sentido, gozan de los derechos y garantías que les corresponden a todas las personas pero, además, tienen derechos específicos y especiales derivados de su condición y que se traducen en deberes para la familia, la sociedad y especialmente para el Estado¹⁰⁴.

⁹⁹ Defensoría de la Niñez. 2019. Informe Anual Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Disponible en www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019

¹⁰⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 300 y 301.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 234.

¹⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos, pág. 38. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Corte IDH. 2017. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 54.

Por ello es que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 2, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación, señalando:

1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, 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.
2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares¹⁰⁵.

Lo anterior se explica porque, a pesar de la existencia de normas generales de igualdad y no discriminación, en tratados internacionales o en la legislación nacional, la especial condición de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes, sumada a la invisibilización estructural en la que se encuentran, en tanto grupo históricamente excluido, hace que aquellas no sean suficientes para su protección, dado que ellas y ellos, además de las discriminaciones comunes a toda persona que pueden sufrir, pueden vivenciar otras derivadas de su condición, “(a) en razón de su especial posición en la sociedad (por ejemplo, a través de ciertas formas de castigo); (b) cuando son comparados con otros niños, niñas y adolescentes y, en especial, frente a los adultos; (c) en razón de su género o su pertenencia a ciertos grupos sociales que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad”¹⁰⁶.

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. Por ello, la Convención sobre los Derechos del Niño, extiende la responsabilidad de los Estados parte al contemplar, en el artículo 2.2, dentro de las formas de discriminación o castigo, aquellas causadas por la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¹⁰⁵ Convención sobre Derechos del Niño, artículo 2.

¹⁰⁶ Unicef. (2015). Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas, pág. 10. Disponible en www.unicef.org/chile/informes/igualdad-y-no-discriminacion-de-ninos-y-adolescentes-necesidad-de-un-sistema-de

Podemos dar cuenta que “no basta con que el Estado Parte se abstenga de infringir el derecho a la igualdad al discriminar a NNA. Si no que es necesario, además, que este adopte las medidas necesarias para proteger, garantizar y promover el respeto de este derecho”¹⁰⁷ sobre todo teniendo en consideración las situaciones materiales de niños, niñas y adolescentes que impiden u obstaculizan su acceso y goce de sus derechos, debiendo el Estado adoptar las medidas para remediar esa situación.

De ahí que se constituye en un eje central de la nueva carta fundamental la consagración de este principio en favor de las niñeces y adolescencias del país, dado que, al ser la norma jerárquicamente superior, permitirá mandar a los distintos órganos y poderes del Estado dar cumplimiento irrestricto a éste en relación con la protección de niños, niñas y adolescentes, teniendo presente la interseccionalidad, considerando las vulneraciones que enfrentan y lo que estas significan para ellas y ellos, sobre todo en lo que respecta a las discriminaciones a las que se exponen por sus realidades personales como por aquellas estructurales, en razón de las prácticas, normas, políticas que se han dado en la toma de decisiones, en el marco de un contexto histórico, socioeconómico y cultural. La regulación que este principio tenga en la futura Constitución Política, además de tener en consideración la particularidad en su regulación para niños, niñas y adolescentes, junto con el mandato a los órganos del Estado de adoptar las acciones y medidas positivas para erradicar toda situación que genere discriminación a este grupo vulnerable.

¹⁰⁷ Unicef. (2015). Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas, pág. 12. Disponible en www.unicef.org/chile/informes/igualdad-y-no-discriminaci%C3%B3n-de-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-necesidad-de-un-sistema-de.

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

La constitución debe contemplar una norma las cuales está prohibido discriminar, la que se replica en distintos tratados internacionales sobre derechos humanos y que también se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 2.1, que indica que “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 social del niño o de sus padres o representantes legales”, en reconocimiento de haber sido un grupo históricamente excluido¹⁰⁸, lo que permitirá delinear el resguardo de sus derechos así como también interpretar las diversas disposiciones constitucionales en la materia.

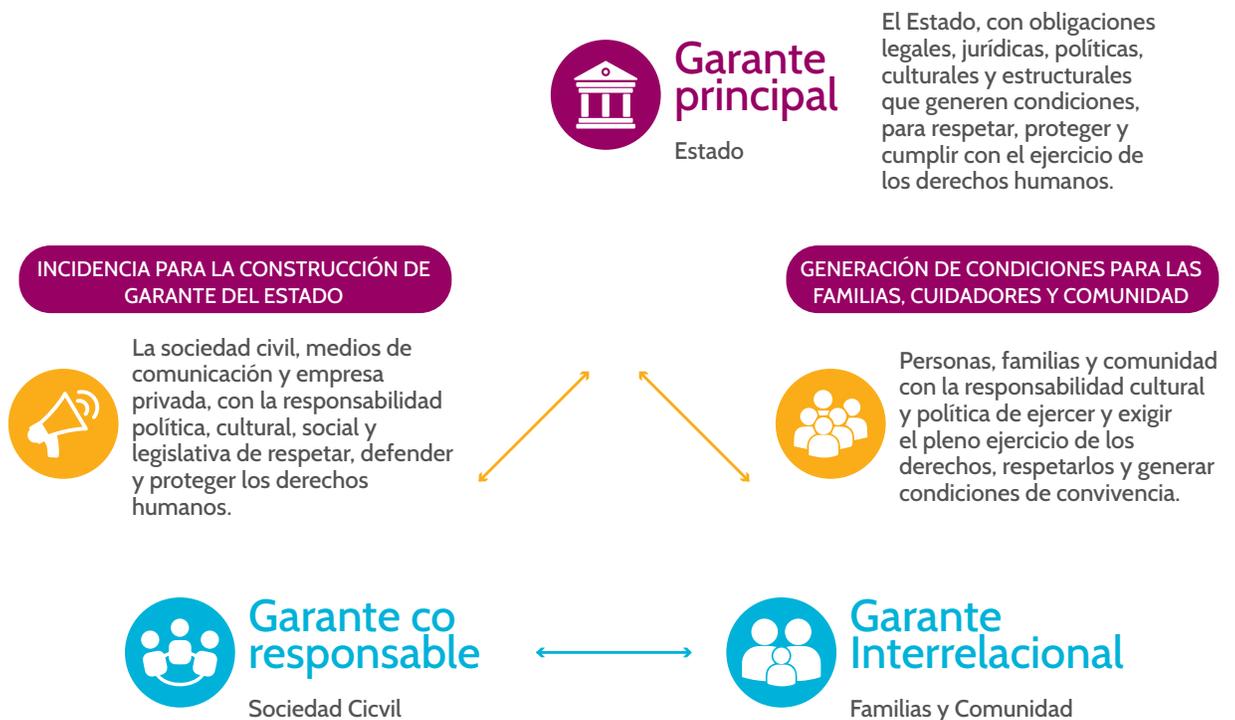
A estas categorías, se sugiere, incorporar la edad como categoría de discriminación, siguiendo la experiencia comparada al respecto.

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



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

Los derechos pueden ejercerse a partir de ciertas condiciones que lo permiten. Los actores llamados a cumplir con esta tarea son los garantes. Para la Convención, el Estado es el garante principal de los derechos de la niñez y adolescencia. Esto se traduce en su tarea de respetar y efectivizar todos los derechos para cada niño, niña y adolescente, sin discriminación. Pero el Estado no es el único garante, lo son también la sociedad y las familias, en base a una responsabilidad compartida o corresponsabilidad entre distintos actores sociales en la promoción del ejercicio y respeto de los derechos humanos y la incidencia en la generación del cambio sociocultural que conlleva reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y agentes sociales¹⁰⁹.



¹⁰⁹ Valverde, Francis. (2004). Apuntes sobre enfoque de derechos. Asociación Chilena Pro Naciones Unidas ACHNU-PRODENI Chile Pág. 22

Rol del Estado en el enfoque de derechos

Para el Estado, los objetivos y obligaciones son reconocer, respetar, proteger y garantizar el ejercicio de derechos. El reconocimiento, significa que el Estado considera a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho, considerándoles dentro del marco internacional y nacional de derechos humanos.

Sin embargo, el reconocimiento por sí solo es un status que no necesariamente involucra que existan las condiciones y posibilidades para que los derechos sean efectivamente ejercidos. Se requiere que el Estado asuma una serie de acciones que permitan una “creciente conciencia de los mismos y su uso reivindicativo por parte de la población infantil y adolescente”¹¹⁰ Estas funciones son, para el Comité de los Derechos del Niño¹¹¹ el respetar, proteger y el cumplir¹¹²:

- **Respetar:** implica el abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos. Para el Comité, los Estados “no deben, de forma directa o indirecta, facilitar, ayudar a que se produzca o secundar ninguna violación de los derechos del niño”.
- **Proteger:** impedir que otras partes interfieran en éste. Para el Comité, los Estados “tienen la obligación de ofrecer protección contra las violaciones por terceros de los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos”.
- **Cumplir:** por último, debe hacer efectivos los derechos facilitando o generando los medios necesarios para ello. Para el Comité, los Estados deben adoptar “medidas positivas para facilitar, promover y garantizar el disfrute de los derechos del niño. Esto quiere decir que los Estados deben aplicar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo, conforme al artículo 4°”.

En el marco del objetivo de cumplir, esto significa la consolidación de garantías que hagan efectivos los derechos de la niñez y adolescencia. Cabe recordar, al respecto, que el enfoque de derechos en las políticas públicas busca generar un marco que permita dar cumplimiento a los derechos fundamentales. Esto se realiza a través de un “modo teórico para analizar brechas abiertas entre las expectativas de derechos y las garantías observables en las políticas públicas, y seguidamente, para prospectar cierres pactados de aquellas brechas”¹¹³. En este marco, las garantías de derechos se constituyen como la institucionalidad estatal condicionante para hacerlos efectivos.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 4°

¹¹⁰ Araujo, K. (2016). El miedo a los subordinados. Una teoría de la autoridad. Santiago de Chile: LOM. Pág.127

¹¹¹ Comité de los Derechos del Niño (2013). Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. CRC/C/GC/16. Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG16.pdf

¹¹² Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las labores son “respetar” y garantizar”. Respetar guarda relación al cumplimiento de la norma, absteniéndose o con una prestación. Por su parte, “garantizar”, sería la responsabilidad de los Estados en asegurar el ejercicio de derechos, incluyendo dentro de estas acciones las labores de protección. Al respecto consultar: Ferrer Mac-Gregor, E., & Pelayo, C. (2012). La obligación de “respetar” y “garantizar” los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Estudios constitucionales, 10(2). Obtenido de www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200004

¹¹³ Fortunatti, R. (2013). El reconocimiento de derechos. En X. Erazo, M. Aleuy, & E. Ganuza, Políticas públicas: exigibilidad y realización de derechos (págs. 27-43). Santiago de Chile: LOM. Pág.34

La clasificación de las garantías es posible agruparla en diversos tipos: según su naturaleza, fin, responsabilidad institucional y contenido¹¹⁴.

Clasificación	Tipos	
Según su naturaleza	Positivas: Permiten actos	Negativas: Prohíben actos
Según su fin	Primarias: Obligaciones o prohibiciones que favorezcan a personas que ostentan un determinado derecho.	Secundarias: Obligaciones que se propongan reparar o sancionar el incumplimiento del derecho.
Según su responsabilidad	Administrativas: Dirigidas al poder público, gobierno y administración público en la tutela de los derechos. Están amparadas en un marco legal.	Judiciales: Encomendadas a los órganos judiciales para su actuación frente al incumplimiento de las garantías legales o administrativas antes mencionadas. Están amparadas en un marco legal.

Por último, según su contenido, el análisis se relaciona con los niveles de derechos fundamentales a los que responden las garantías (civiles, sociales, públicos y políticos). Específicamente, las garantías sociales son una “serie de servicios o prestaciones que deben llevarse a cabo para la satisfacción adecuada de los derechos en cuestión”¹¹⁵. Las garantías sociales hacen tangible entonces los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), existiendo mecanismos para asegurar su acceso, calidad, protección financiera, participación y reparación así como su disponibilidad, exigibilidad, durabilidad, actualización y principios de adaptabilidad y aceptabilidad y diversas técnicas normativas, financieras e instrumentales.

El enfoque de derechos significa que el Estado no solamente debe asegurar la disponibilidad de estas acciones – lo que incluye la oferta programática – sino también su calidad, pertinencia y accesibilidad de manera integral. El enfoque de derechos involucra un foco en cómo el Estado garantiza los derechos, reduciendo la brecha entre su expectativa y la realidad. Es, por lo tanto, una mirada hacia la detección de cuándo y dónde fallan los sistemas públicos, hacia la oferta, y no hacia las carencias particulares de los sujetos.

¹¹⁴ Fortunatti, R. (2013). El reconocimiento de derechos. En X. Erazo, M. Aleuy, & E. Ganuza, Políticas públicas: exigibilidad y realización de derechos (págs. 27-43). Santiago de Chile: LOM. Pág.33 y Pisarello, G. (2004). Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva. En M. Añón (Ed.), La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración (págs. 37- 87). Valencia: Tirant lo Blanch, pág.43.

¹¹⁵ Gacitua-Marió y Norton, 2009, citado en Flores, T. (2013). Análisis y diseño de alternativas de políticas públicas con enfoque de derechos. En X. Erazo, M. Aleuy, & E. Ganuza, Políticas públicas: exigibilidad y realización de derechos (págs. 45-65). Santiago de Chile: LOM, pág.55

El rol de garante interrelacional: las Familias y comunidades

Las familias y las comunidades cumplen un rol de garante interrelacional, siendo finalmente los que tienen la responsabilidad de efectivizar de manera concreta, a partir de condiciones que deben ser aseguradas por el Estado, los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este marco, mientras el Estado es el responsable principal de los derechos humanos, son éstos, en particular las familias, las que materializan y transforman dichas garantías en acciones concretas que permiten a los niños, niñas y adolescentes ejercer sus derechos.

Esta es la línea que establece la Convención, en su artículo 5°, en donde se establece claramente que los Estados deberán respetar las “responsabilidades, derechos y deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Cabe agregar aquí que la Convención denomina de manera amplia a los tipos de familias, incluyendo otros elementos como familias ampliadas, tutores, cuidadores y la propia comunidad. Es clave considerar un concepto de familia amplio e inclusiva, acorde a las diferentes formas de entender y componer las familias y sus roles en el cuidado.

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 evolución de la autonomía, las facultades y la privacidad de los niños”¹¹⁶.

Este principio es conocido como autonomía progresiva, el cual debería ser reconocido en la norma constitucional y el que deben respetar todos sus garantes. Es entendido como la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente. Es decir, a temprana edad es muy difícil que los derechos sean ejercidos por los propios niños y niñas, necesitan que los adultos velen por el cumplimiento de sus derechos. Sin embargo, a medida que crecen, los niños, niñas y adolescentes serán capaces de poder ejercer con mayor ímpetu sus derechos, por ejemplo, el derecho de la participación.

¹¹⁶ Comité de los Derechos del Niño (2021). Observación General N°25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital (Pág.4) Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/04/CRC-C-GC-25_esp.pdf

Lamentablemente este principio es muchas veces mal entendido, y se analiza desde posiciones extremas e injustificadamente polarizadas, una que plantea al Estado como en una búsqueda de dominar todo el sentido de cuidado y crianza y reemplazar el rol de las familias y, otra, que no supera la mirada adultocéntrica sin reconocer ni respetar que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos de participación y respeto por sus libertades, en la medida de su desarrollo, edad y madurez.

Esta tensión, construida desde extremos que no reflejan la realidad, se ha constituido en una severa traba en la tramitación de leyes tan importantes como la que crea el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia, provocando, por ejemplo, que luego de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputadas y diputados de Chile Vamos, el Tribunal Constitucional acogiera en parte éste, estimando que la ley implicaría “una excesiva interferencia regulatoria del Estado en el espacio de libertad de las familias”. Frente a esto, fue la posición de la Defensoría de la Niñez seguir sosteniendo que es “una falacia señalar que se prefiere uno sobre otro, considerando, además, que la autonomía progresiva va de la mano con el deber de los padres de educar”¹¹⁷.

En efecto, cabe destacar que respetar el principio de autonomía progresiva y los derechos de participación de niños, niñas y adolescentes no afecta ni elimina su derecho a ser protegidos por sus adultos responsables. Al contrario, la participación es un factor relevante de prevención de vulneraciones a sus derechos, al ser un derecho facilitador de otros y una oportunidad para la comunicación entre niños, niñas y adolescentes y los adultos que son garantes de sus derechos. Asimismo, cabe destacar que frente a la determinación de decisiones entre la protección de sus derechos y la participación, lo que debe primar es siempre su interés superior, ya explicado anteriormente, principio el cual debe mediar y evaluar cuáles son los factores que más inciden en su mayor beneficio para su desarrollo integral e incluye a los otros principios de la Convención en esta decisión.

Ahora bien, los garantes interrelacionales no solo se concentran en los entornos familiares directos de los niños, niñas y adolescentes. La comunidad cumple un rol relevante en el respeto y protección de sus derechos. Por ejemplo, las Directrices de Cuidado Alternativo de las Naciones Unidas otorgan un rol clave a la comunidad en las labores de cuidado, y no solo a los centros residenciales o familias de acogida, siendo una recomendación el “prestar asistencia a las comunidades para que desempeñen un papel activo en el control y la solución de los problemas de cuidado y protección de los niños en el contexto local”¹¹⁸.

¹¹⁷ Defensoría de la Niñez (2021) Declaración Pública de la Defensoría de la Niñez por fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Garantías. Disponible en: www.defensorianinez.cl/noticias/declaracion-publica-de-la-defensoria-de-la-ninez-por-fallo-del-tribunal-constitucional-sobre-la-ley-de-garantias/

¹¹⁸ Naciones Unidas (2010). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/142. Pág. 24 Disponible en: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=file-admin/Documentos/BDL/2010/8064

Es clave considerar el rol de las comunidades y el potencial que tiene como actor garante, siendo éste un “grupo social dinámico, histórico y culturalmente constituido y desarrollado, preexistente a la presencia de los investigadores o interventores sociales, que comparte intereses, objetivos, necesidades y problemas, en un espacio y un tiempo determinados y que genera colectivamente una identidad, así como formas organizativas, desarrollando y empleando recursos para lograr sus fines”¹¹⁹. En otras palabras, como un espacio que se define desde la identidad social compartida y un sentir que supone un campo de relaciones e interacciones entre sus miembros.

Rol de los co - garantes de la sociedad civil: organizaciones sin fines de lucro, empresas y medios de comunicación

La sociedad civil, expresada en organizaciones de la sociedad civil, empresas y medios de comunicación tienen “la obligación de aportar al cambio de matriz cultural que implica la vigencia de la Convención en la sociedad, es decir, el reconocer al niño, la niña y al joven, como sujetos de derechos, como sujeto social, como ciudadano. El cambio cultural a que esto obliga, requiere de acciones permanentes y concertadas de toda la sociedad, en especial de las expresiones organizadas en la sociedad, las de tipo cultural, social, laboral y académica”¹²⁰.

En línea con esta responsabilidad compartida, sin duda el rol de la sociedad civil es clave en niñez, ya que la labor de respetar los derechos de la niñez y adolescencia, si bien son responsabilidad principal del Estado, no se agota solo en éste. Como plantea Bresser-Pereira y Nuria Cunill¹²¹, lo público no se agota en el Estado, pero tampoco la sociedad civil implica lo público. En este marco, las sociedades tienen el derecho de agruparse por el bien común, en un marco de solidaridad y autonomía¹²².

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño establece que los actores privados y empresas tienen un rol clave en el respeto por los derechos de la niñez y adolescencia, que no se acaban solo en el Estado. Para el órgano “todas las empresas deben cumplir con sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los Estados deben velar por que lo hagan¹²³”.

¹¹⁹ Naciones Unidas (2010). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/142. Pág. 24 Disponible en: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=file-admin/Documentos/BDL/2010/8064

¹²⁰ Valverde, Francis. (2004). Apuntes sobre enfoque de derechos. Asociación Chilena Pro Naciones Unidas ACHNU-PRODENI Chile Pág. 6

¹²¹ Bresser - Pereira, L., & Cunill, N. (1998). Entre el Estado y el Mercado: lo público y no estatal. 25-26.

¹²² Irrarázaval, I., Streeter, P. et al. (2017). Sociedad en Acción: Construyendo Chile desde las organizaciones de la sociedad civil. Santiago, Chile: Fundación Chile+Hoy y Centro de Políticas Públicas UC. Recuperado de: www.sociedadnacion.cl/wp-content/uploads/2018/06/PDF-Libro_Sociedad-en-Accion.pdf

¹²³ Comité de los Derechos del Niño (2013). Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. CRC/C/GC/16. Pág.3. Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG16.pdf

Asimismo, es ineludible mencionar el rol que tienen los medios de comunicación, incluyendo los que están detrás de las plataformas digitales, en el respeto de los derechos de la niñez y adolescencia. El artículo 17° de la Convención, reconoce esta importante función, y el rol de los Estados en velar por que el “el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”, siendo clave la promoción de “directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar”.

Esto tiene también un vínculo con el rol de los actores privados y empresariales antes mencionados, y que están detrás de instituciones que manejan medios de comunicación, incluyendo plataformas digitales. Por ejemplo, para el Comité, “el sector empresarial, incluidas las organizaciones sin fines de lucro, incide en los derechos del niño, tanto directa como indirectamente, al prestar servicios y ofrecer productos relacionados con el entorno digital. Las empresas deben respetar los derechos de los niños e impedir y reparar toda vulneración de sus derechos en relación con el entorno digital”¹²⁴.

¹²⁴ Comité de los Derechos del Niño (2021). Observación General N°25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital (Pág.7) Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/04/CRC-C-GC-25_esp.pdf

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

En función de lo expuesto, es posible recomendar que la Constitución establezca de manera clara que tanto el Estado, las familias, la comunidad y la sociedad son garantes responsables de los derechos de la Niñez y Adolescencia.

Dentro de este marco, se debe dejar claro que el Estado es el garante principal de estos derechos, para lo cual debe cumplir con los objetivos de reconocer, respetar, proteger y cumplir los derechos de la niñez y adolescencia para todos los niños, niñas y adolescentes que habiten en su territorio nacional, generando las condiciones y garantías suficientes para permitir su exigibilidad y ejercicio por parte de éstos.

Por otra parte, la nueva constitución debe reconocer y establecer con claridad el rol que tienen las familias como garantes de derechos de la niñez, siempre entendida de manera amplia e integral y no solamente como algún único tipo de familias, estableciendo su la responsabilidad clave que éstas tienen en el cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes, pero así mismo estableciendo el rol del Estado en asegurarles las condiciones que sean necesarias para asegurar esta tarea.

Asimismo, debe establecer los roles de los garantes de la sociedad civil como co-garantes de sus derechos, y en particular sobre su rol de promover una sociedad que respete el enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia. En este marco debe destacar el rol activo en esta tarea que tienen las organizaciones sin fines de lucro, las empresas y en particular de los medios de comunicación de todo tipo, estos últimos los cuales deben asegurar contenidos pertinentes y seguros para los niños, niñas y adolescentes.





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

La ratificación de tratados internacionales de derechos humanos deriva en obligaciones para aquellos Estados parte en materia de respetar, proteger y garantizar aquellos derechos humanos¹²⁵. Por ello, es importante contar con principios generales que orienten el actuar del Estado para incorporar un enfoque de derechos en todos los planes, políticas y prácticas que se realicen¹²⁶. Es decir, los derechos humanos son “un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas”¹²⁷.

En el caso de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño planteó, en su Observación General N°5, que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene cuatro principios generales¹²⁸: la no discriminación¹²⁹, el interés superior del niño¹³⁰, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo¹³¹, y el derecho a la participación¹³². Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, releva el principio de autonomía progresiva, como un aspecto a considerar¹³³. Estos corresponden a principios que los Estados parte deben considerar para su actuación, en todos sus poderes, órganos y niveles.

¹²⁵ Para mayor detalle revisar capítulo VII del presente Boletín.

¹²⁶ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas - OACDH (2006): Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf

¹²⁷ Abramovich V. (2006) Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo, Revista Cepal, pág. 38. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/O88035050_es.pdf

¹²⁸ 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 www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf

¹²⁹ Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³⁰ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³¹ Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³² Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (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 www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf

Para dar efectividad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes se debe saber que los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño son pilares rectores que están a la base de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que, paralelamente, fundan las obligaciones que los adultos (familias, autoridades, funcionarios(as) públicos y comunidad) tienen respecto a ellos y ellas. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño destaca y celebra la incorporación de los principios generales establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho interno de los Estados, incluidas las Constituciones Políticas¹³⁴.

De ahí entonces que el Estado de Chile tiene la obligación, de acuerdo con el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en (...) la Convención”. Sin embargo, para la aplicación efectiva de toda la Convención sobre los Derechos del Niño, y de los demás derechos consagrados en otros tratados internacionales ratificados por Chile, se deben tener en cuenta los principios generales que la propia Convención establece:

a) Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación fue presentado de forma extensa en el capítulo VII del presente Boletín, no obstante, se quiere destacar el hecho de que “(l)a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”¹³⁵, por lo que es necesario establecerlo como un principio de actuación del Estado. En el caso particular de niños, niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño menciona que el Estado debe identificar aquellos grupos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad, y generar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a su discriminación.

b) Principio de interés superior del niño

El principio de interés superior del niño corresponde a un principio rector que debe fundar todas las decisiones que involucren a niños, niñas y adolescentes, y su objetivo es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”¹³⁶. Al respecto, es posible encontrar este derecho y principio en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹³⁴ 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 www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf

¹³⁵ Comité de Derechos Humanos. Recomendación General No. 18. No discriminación. CCPR/C/37, 10 de noviembre de 1989, párr. 1).

¹³⁶ Comité de los Derechos del Niño (2013) Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr.4, pág. 2. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada¹³⁷.

Con esto, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial cuando el Estado o las personas naturales realicen una acción, propuesta, servicio u otra medida que les afecte directa o indirectamente. En ese sentido, este principio exige, por una parte, que las personas adultas que tomen decisiones por ellos o ellas adopten las mejores decisiones para cada niño, niña o adolescente de que se trate, pero también exige que los niños, niñas y adolescentes puedan efectivamente ejercer sus derechos.

Los niños, niñas y adolescentes son personas individuales e iguales en dignidad y derechos. Su individualidad es independiente de sus padres, madres o representantes legales y, en ciertas ocasiones podrían tener intereses distintos a los intereses de las personas encargadas de su cuidado, como lo sería si, por ejemplo, se ve expuesto a la separación de sus padres o madres. En tales circunstancias, su dignidad misma exige que las decisiones que se adopten respondan a su mejor interés superior en concreto, que puede o no responder a los intereses que puedan tener –legítimamente–, los encargados de su cuidado. En ocasiones, incluso, puede que el interés superior de un niño, niña o adolescente ni siquiera sea el mismo de su hermana o hermano, lo que exige evaluar caso a caso. Sin perjuicio de ello, y en términos generales, el interés superior no es otra cosa que el pleno ejercicio de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, establece que el interés superior del niño debe ser entendido como un concepto que abarca tres ámbitos:

- Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

137 Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹³⁸.

En este sentido, es importante señalar que es imposible dar una definición estática del mismo, dado que depende de múltiples factores y escenarios, lo que hace que la definición sea ilimitada. A pesar de esta indeterminación, es un principio que es de obligatoria atención y aplicación por parte de todos quienes se encuentran obligados a brindar protección a los niños, niñas y adolescentes, y su falta de definición no puede utilizarse como excusa para su no aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que el interés superior del niño es el principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño y que, así, inunda el resto de los principios de dicha Convención, como así también los derechos contenidos en ella.

En razón de esto, el Comité de los Derechos del Niño desarrolló, en 2013, la Observación General N° 14 que trató sobre este principio, con el objeto de “mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial”¹³⁹, buscando con ello “un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos”¹⁴⁰, Observación que debiera ser un marco referencial ineludible en la integración de este principio en nuestro nuevo texto constitucional, ya que su integración en este sentido repercute en los siguientes aspectos:

¹³⁸ Comité de los Derechos del Niño (2013) Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr.6, pág. 2. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf

¹³⁹ Comité de los Derechos del Niño (2013) Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 12, pág. 3. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf

¹⁴⁰ Ibid.

- La elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos;
- Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto;
- Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan;
- Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores¹⁴¹.

c) Principio de participación

El derecho a la participación, como principio, se complementa con el principio de interés superior del niño, en el sentido de que “uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños”¹⁴²; así también se interrelaciona con el principio de igualdad y no discriminación en un doble sentido, cuando se les consulta a niños, niñas y adolescentes en el “diseño, aplicación, monitoreo y evaluación de las normas, políticas, programas y servicios permite evidenciar posibles situaciones de desigualdad y discriminación”¹⁴³, y por otra parte, cuando a través de la promoción y difusión de sus derechos se “genera las condiciones para la exigibilidad de sus derechos y para la consecución de la igualdad”¹⁴⁴.

Este principio es posible encontrarlo, de forma general, en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala:

Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional¹⁴⁵.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Comité de los Derechos del Niño (2009) Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado, párr. 74, pág. 19. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG12.pdf

¹⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, el derecho a ser oído implica que el niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que le afectan, en función de su edad o madurez. El rol de los Estados, para garantizar este derecho, dice relación con generar las condiciones para que los niños, niñas y adolescentes puedan tener las oportunidades para formarse un juicio propio, además de ofrecer un entorno que les permita a los mismos ejercer este derecho¹⁴⁶. Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño manifiesta que “el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”¹⁴⁷.

De acuerdo a lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a Chile¹⁴⁸, el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes requiere tener presente que:

- i. No puede partirse de la premisa de que un niño o niña es incapaz de expresar sus propias opiniones.
- ii. El niño o niña no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.
- iii. El niño o niña puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado.
- iv. La realización del derecho del niño o niña a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharle, y los padres o tutores, informen al niño o niña de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.
- v. La capacidad del niño o niña debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones y para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso.
- vi. Los niveles de comprensión de los niños y niñas no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de ellos(as) debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño (2009) Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado, párr. 19, pág. 9. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG12.pdf

¹⁴⁷ Ibid. Párr. 21, pág. 9

¹⁴⁸ En 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sancionó a Chile por vulnerar los Derechos de la jueza Karen Atala al quitarle la tuición de sus tres hijas debido a su orientación sexual. Dentro de los puntos resolutive de la sentencia se determinó la responsabilidad del Estado de Chile por la violación del derecho a ser oído en perjuicio de las niñas M. V. y R.

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párr. 198, pág. 63. Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

El Comité de los Derechos del Niño, en 2015, en atención al derecho a ser oído, escuchado y a participar, manifestó su preocupación por que el ordenamiento jurídico chileno no reconozca expresamente el derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado y a que se tengan en cuenta sus opiniones en todas las cuestiones que le afecten; además, que no se les considere titulares de derechos en la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, y la inexistencia de estructuras oficiales que les permitan participar en la elaboración de las políticas relativas a la infancia y en particular procesos que muestren de qué manera se tienen debidamente en cuenta sus opiniones¹⁵⁰; en razón de esto, recomendó al Estado de Chile lo siguiente:

- Asegure la aplicación efectiva de leyes en que se reconozca el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos relativos a sus derechos, en particular la educación, la salud, la justicia y los asuntos relativos a la familia;
- Revise la Ley N° 20.500 (2011) para que se reconozca y garantice el derecho del niño a participar de manera directa en asociaciones y en asuntos de la administración pública;
- Establezca estructuras oficiales que permitan a los niños participar en la elaboración, aplicación y supervisión de políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia, y procesos que muestren de qué manera se tienen debidamente en cuenta sus opiniones, prestando especial atención a las niñas y a los niños de ambos sexos en situación de vulnerabilidad¹⁵¹.

En este sentido, la nueva Constitución debería garantizar, como principio y derecho, la participación de niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos que les afecten como una forma de respetar los compromisos que el Estado de Chile adquirió al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, y entendiendo esta como una participación significativa y protagónica¹⁵².

En este sentido, el principio de participación también debiese reconocer las nueve condiciones para una participación efectiva, definidas por el Comité de los Derechos del Niño, siendo estas:

- **Transparentes e informativos.** Se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión.
- **Voluntarios.** Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento

¹⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño (2015) Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, párr. 28, pág. 7. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2015.pdf

¹⁵¹ Ibid., párr. 29, pág. 7.

¹⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 310, pág. 127. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf

- **Respetuosos.** Se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Los adultos que trabajen con niños deben reconocer, respetar y tomar como base los buenos ejemplos de participación de los niños, por ejemplo, en su contribución en la familia, la escuela, la cultura y el ambiente de trabajo. También es necesario que comprendan el contexto socioeconómico, medioambiental y cultural de la vida de los niños. Las personas y organizaciones que trabajan para los niños y con niños también deben respetar la opinión de los niños en lo que se refiere a la participación en actos públicos.
- **Pertinentes.** Las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a expresar sus opiniones deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. Además, es necesario crear espacio para permitir a los niños destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes.
- **Adaptados a los niños.** Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños. Se debe poner el tiempo y los recursos necesarios a disposición de los niños para que se preparen en forma apropiada y tengan confianza y oportunidad para aportar sus opiniones. Es necesario considerar el hecho de que los niños necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación acordes con su edad y la evolución de sus facultades.
- **Incluyentes.** La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar (véase también párr. 88 supra). Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo alguno. Es necesario también que los programas sean respetuosos de las particularidades culturales de los niños de todas las comunidades.
- **Apoyados en la formación.** Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños, por ejemplo, para impartirles conocimientos relativos a escuchar, trabajar conjuntamente con niños y lograr efectivamente la participación de los niños con arreglo a la evolución de sus facultades. Los propios niños pueden participar como instructores y facilitadores respecto de la forma de propiciar la participación efectiva; necesitan formación de la capacidad para reforzar sus aptitudes respecto de, por ejemplo, la participación efectiva y la conciencia acerca de sus derechos y capacitación para organizar reuniones, recaudar fondos, tratar con los medios de difusión, hablar en público y hacer tareas de promoción.
- **Seguros y atentos al riesgo.** En algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Las medidas necesarias para ofrecer la debida protección incluirán la formulación de una clara estrategia de protección de los niños que reconozca los riesgos particulares que enfrentan algunos grupos de niños y los obstáculos extraordinarios que deben superar para obtener ayuda. Los niños deben tener conciencia de su derecho

a que se les proteja del daño y saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario. La inversión en el trabajo con las familias y las comunidades es importante para crear una comprensión del valor y las consecuencias de la participación y reducir a un mínimo los riesgos a los que de otro modo podrían estar expuestos los niños.

- **Responsables.** Es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Por ejemplo, en toda investigación o proceso consultivo debe informarse a los niños acerca de la forma en que se han interpretado y utilizado sus opiniones y, en caso necesario, darles la oportunidad de rechazar el análisis de las conclusiones e influir en él. Los niños tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado. Cada vez que corresponda debe darse a los niños la oportunidad de participar en los procesos o actividades de seguimiento. Es necesario que la supervisión y evaluación de la participación de los niños, cuando sea posible, se hagan con los niños mismos¹⁵³.

d) Principio derecho a la vida, supervivencia y desarrollo

El artículo 6 de la Convención de los Derechos de Niño establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados garantizarán la supervivencia y el desarrollo del niño. El concepto desarrollo, es entendido por el Comité de los Derechos del Niño como un:

concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños¹⁵⁴.

En ese sentido, es importante considerar que los niños, niñas y adolescentes son un grupo diverso entre sí, ya sea en términos de edad, territorialidad, condiciones físicas y materiales, entre otros, por lo mismo existirán diversas necesidades de este grupo para lograr un desarrollo apropiado¹⁵⁵. **Es deber del Estado entregar las condiciones y apoyo necesario para que niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar de este principio y derecho.**

Este principio también se puede relacionar con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que menciona que “(t)odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos menciona que los **Estados deberían considerar la protección de niños, niñas y adolescentes como un continuum a lo largo del ciclo vital de estos, entendiendo el concepto de protección en un sentido doble:**

¹⁵³ Comité de los Derechos del Niño (2009) Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado, párr. 134, págs. 31-33. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG12.pdf

¹⁵⁴ 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 www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf

¹⁵⁵ Revisar Comité de los Derechos del Niño (2005) Observación General N° 7 sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG7.pdf>. Y Comité de los Derechos del Niño (2005) Observación General N° 20 relativa a los derechos de los adolescentes. Disponible en www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG20.pdf

debe comprenderse no sólo como la protección frente a las vulneraciones a los derechos, sino también como las estrategias de prevención para evitar que esas violaciones sucedan, además de considerar la interrelación entre los derechos¹⁵⁶.

Esto según palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos busca garantizar el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, tal y como lo exige el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, atendiendo a las características propias de cada etapa del ciclo de vida a la vez que integra una mirada longitudinal sobre la vida y sus etapas¹⁵⁷.

e) Principio de autonomía progresiva

El concepto de autonomía progresiva se puede desprender de los artículos 5, 12 y 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se refiere a que los niños, niñas y adolescentes se deben informar y pueden ejercer sus derechos de conformidad a su evolución, edad y madurez. En ese sentido, la **autonomía progresiva no se refiere a otra cosa que a la capacidad y facultad de éstos para ejercer, con grados crecientes de independencia, sus derechos.**

Según la edad, tal como ocurre en el derecho a ser oído, la autonomía implica la participación personal y directa de los niños, niñas y adolescentes en la realización de sus derechos. Esta capacidad de los niños, niñas y adolescentes para ejercer sus derechos va creciendo en la medida que se desarrollan y van adquiriendo, paulatinamente, mayores niveles de independencia. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos nos dice que la:

dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez. Así, en el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal del niño, es particularmente importante. Mientras que, conforme el niño y la niña crecen y desarrollan sus habilidades y capacidades, esta dependencia de los adultos para el ejercicio y goce de sus derechos se atenúa¹⁵⁸.

Así, la autonomía progresiva se entrelaza con el interés superior y el derecho a ser oído, pues se trata de que los niños, niñas y adolescentes logren un pleno desarrollo, en cada una de las etapas de su vida y sean comprendidos como sujetos de derechos.

¹⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 353, pág. 143. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf

¹⁵⁷ Ibid. párr. 357, pág. 144

¹⁵⁸ Ibid., párr. 338, págs. 137-138

Este principio reconoce la condición especial y única de los NNA (sic) basada en su crecimiento y desarrollo. Pone de relieve la función de cada niño, niña y adolescente como participantes activos en la promoción, protección, vigilancia y exigibilidad de sus derechos, hacedores y decisores de sus propias vidas, a la vez que reconoce su derecho a medidas especiales y adaptadas para garantizar sus derechos¹⁵⁹.

Dentro de las entrevistas a expertos, este principio también se resalta de forma independiente al principio y derecho a la participación, y se destaca la importancia de que se encuentre en el nuevo texto constitucional:

[Y] especialmente cuando pienso en derechos de niños, niñas y adolescentes pienso en algunos principios que se han ido elaborando en el derecho internacional de derechos humanos que están en la Convención de Derechos del Niño que ha sido desarrollado más aún por el Comité de Derechos del Niño y que han sido aplicado después por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me refiero por supuesto al principio del interés superior del niño, del derecho a ser oído, de la autonomía progresiva, entre otros, uno puede pensar en otros, pero esos tres principios como que debieran reconocerse en el capítulo de derechos fundamentales como principios que sean considerados por parte del Estado para el ejercicio de todos los derechos fundamentales por una parte y para la elaboración de diversas políticas públicas por otra. (Académico y abogado experto nacional en derechos humanos de órgano de derechos humanos)¹⁶⁰.

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el Estado debe adoptar, como mínimo, las siguientes medidas considerando el principio de autonomía progresiva:

- el reconocimiento legal de la capacidad de acción de la niñez y adolescencia;
- el establecimiento de políticas públicas orientadas al empoderamiento de los y las niñas y adolescentes en el conocimiento y ejercicio de sus derechos;
- las políticas de apoyo a los padres y madres, cuidadores, educadores y otras personas en contacto directo con niños, niñas y adolescentes sobre el desarrollo evolutivo y respeto a la autonomía progresiva de estos;
- el fomento de la participación de la niñez y adolescencia en los procesos normativos y en la formulación, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y servicios destinados a ellos/ellas; y,
- garantizar el acceso directo de los mismos niños, niñas y adolescentes a servicios accesibles y adaptados a las diversas edades¹⁶¹.

¹⁵⁹ Ibid., párr. 340 pág. 138

¹⁶⁰ Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

¹⁶¹ Ibid., párr. 342, pág. 139.

Como Defensoría de la Niñez consideramos necesaria la incorporación, dentro de la Constitución Política de Chile, de los cinco principios generales considerados en la Convención sobre los Derechos del Niño, como principios rectores de la actuación del Estado en su trato con la niñez y adolescencia que habita el territorio nacional, como una forma de garantizar los derechos del que son titulares niños, niñas y adolescentes, y permitirles la visibilidad necesaria dentro del texto normativo, cuestión que no ocurre con la Constitución Política vigente, aun cuando se reconozca, en el artículo 5 inciso 2, el deber del Estado y sus órganos de respetar y promover los derechos provenientes de tratados internacionales.

A nivel de experiencia comparada, la importancia de la constitucionalización de los principios fundantes de la Convención sobre los Derechos del Niño es mencionada por los expertos entrevistados de forma predominante.

Por su parte, al revisar la Constituciones de otros países, se puede observar que en el caso de Ecuador, República Dominicana, Noruega e Irlanda se consagra el principio o derecho a la participación de niños, niñas adolescentes. Y en el caso del principio de interés superior del niño, es reconocido en Ecuador, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Noruega, Irlanda, Sudáfrica y Argentina¹⁶².

En relación al contenido de la cláusula de la Constitución de Noruega, en la que se reconocen derechos de la niñez y adolescencia, una experta entrevistada de ese país menciona que:

"El contenido [...] es de alguna forma un extracto de los principios básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño empezando con una declaración de que se debe respetar la dignidad humana de los niños, que deben participar en cuestiones que les concierne y que el interés superior de los niños deben ser considerados en todos los casos que los involucre y también la protección de derechos culturales y sociales, que es un poquito más vago en ese sentido, pero de alguna forma el derecho de los niños a la familia, al bienestar, todo entra entonces en ese grupo, eso" (Académica de ciencias jurídicas de Noruega, traducción del inglés)¹⁶³.

¹⁶² En su última reforma constitucional se incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el principio de interés superior se entiende incorporado a la normativa interna.

¹⁶³ Cita de experta en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación "Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno" de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

El nuevo texto constitucional debería reconocer los cinco principios generales del Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con los principios que debe respetar y cumplir el Estado en su actuar hacia los niños, niñas y adolescentes. Esto con la finalidad de reconocer y tratar a la niñez y adolescencia como sujetos de derecho y asegurarles garantías de exigibilidad de sus derechos al Estado.

Estos principios son:

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.*

X. 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, 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 esta línea, 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. En concordancia con esta idea, un académico señaló en entrevista:

Podría pensar rápidamente en un deber de protección cualificado, en que el Estado tiene el deber de estar al servicio de la persona humana y proteger los derechos [...] Se puede agregar como un deber de protección cualificado la infancia [...]. (Académico nacional de ciencias jurídicas especialista filosofía del derecho)¹⁶⁴.

La intención es que una mención como la señalada por el experto entrevistado en línea de un deber de protección cualificado, que opere como un criterio interpretativo de la acción del Estado en favor de niños, niñas y adolescentes, **permitiendo que la intervención pública esté alineada con el principio de interés superior**. De esta forma, la posibilidad de que exista una estructura operativa que proteja y defienda los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mediante la efectivización y restitución de sus garantías, apelan a la preocupación por garantizar la vigencia de los derechos más allá de su mero reconocimiento normativo.

¹⁶⁴ Cita de experta en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.



Existe diversa experiencia comparada que ha optado por la técnica legislativa de mencionar expresamente herramientas de priorización de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En Colombia, la Constitución señala, en su artículo 44, que “**Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás**”. A partir de esta disposición, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad del Estado colombiano que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia en dicho país, señaló en uno de sus dictámenes:

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo no sólo a la familia, sino a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño, con la finalidad de permitir el pleno ejercicio y la eficacia de sus derechos”¹⁶⁵.

Esta forma de priorización, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia y al Instituto antes referido, no es realmente una “prevalencia”, como lo señala el texto, entendiendo que prevalencia habla de una jerarquización de derechos y no de una ponderación o valoración de los mismos. En este sentido lo interpretó también, en entrevista, una experta de Colombia:

Respecto a la cláusula constitucional colombiana que reconoce los derechos de los NNA, dentro de los elementos que se encuentran allí consagrados se encuentra "(...) finalmente la prevalencia, los derechos de los niños prevalecen por sobre los derechos de los demás. En un momento de conflicto con el derecho de un adulto claramente hay un criterio interpretativo que es de orden Constitucional que dice que el derecho de los niños prevalece por sobre el derecho adulto, entonces, digamos, hay muchos elementos en un artículo que nos saca el tema de tratar de poner a tono la Constitución con la Convención (...). (Abogada de órgano del Estado de Colombia).

La 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. Por ello, se considera que la fórmula de “prevalencia” puede derivar en equívocos e interpretaciones restrictivas, contrarias a los derechos fundamentales en determinados casos.

En la misma línea, pero utilizando una expresión distinta, la Ley Federal Constitucional de Austria sobre los Derechos del Niño establece, en su artículo 1, que “El bienestar del niño **deberá ser la consideración principal** con respecto a todas las medidas que afectan niños que son llevados por instituciones públicas y privadas”. Esta formulación se ajusta en mejor medida a la consagración de un principio, que se alinea de mejor manera con el interés superior de acuerdo con lo establecido en la Convención.

¹⁶⁵ Instituto Colombiano De Bienestar Familiar, Concepto 66 de 2015. Disponible en: www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000066_2015.htm

Distintas constituciones en América Latina, además de la colombiana antes señalada, han optado también por la idea de proteger preferentemente los derechos de niños, niñas y adolescentes. Brasil, luego de señalar un catálogo de derechos específicos, enfatiza la prioridad al final del artículo 227 de su Constitución:

“Artículo 227. Es deber de la familia, la sociedad y el Estado garantizar que los niños, adolescentes y jóvenes, tengan derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, a la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, con absoluta prioridad”.

Sin perjuicio de valorar el sentido de la priorización otorgada, en el caso brasileño la prioridad se califica como “absoluta”, lo que es asimilable a la fórmula de prevalencia que utiliza la Constitución de Colombia. Tratándose de interpretación y ponderación de derechos fundamentales, no se considera adecuado hablar de un absoluto, entendiendo que ello puede afectar la esencia de otras garantías, debiendo valorarse caso a caso la priorización como un criterio interpretativo.

Respecto a este punto, de enfatizar la necesidad de establecer una prioridad en favor de la niñez y la adolescencia en la Constitución, pero sin derivar en fórmulas absolutas, un académico entrevistado señaló:

Sobre los niños en el texto constitucional obviamente el reconocimiento que son sujetos de derechos, eso es clave, alguna referencia a un principio de prioridad, claro de interés superior que define como prioridad, una prioridad no excluyente, una prioridad en derechos fundamentales nunca puede ser excluyente del resto. Entonces, esta esa idea de prioridad absoluta, que me parece que son meramente retóricas, porque si fueran reales vulnerarían derechos en sí mismo, entonces, no podemos hacer primar a un colectivo por sobre otro, en forma absoluta, pero si una prioridad no excluyente [...]. (Académico de ciencias jurídica especialista en derecho de infancia de organismo no gubernamental).

La Constitución de Bolivia, al establecer la priorización en su artículo 60, lo hace respecto al principio del interés superior:

“Artículo 60. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”.

Esta redacción refuerza la idea señalada con anterioridad, respecto a que priorizar la efectivización de los derechos es enfatizar la vigencia y necesidad de ajustar el actuar del Estado y las personas, en su rol de garantes, al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, introduciendo un criterio interpretativo de refuerzo.

En esta misma línea, la Constitución de Ecuador estableció, en su sección 5, la actuación prioritaria del Estado en relación con niños, niñas y adolescentes. Lo anterior, inclusive, se extiende en el mismo texto a la familia y a la sociedad, en su posición de garante y co-garante respectivamente:

Artículo 44. "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas [...]".

Por ello, el reconocimiento de la priorización se transforma también en un impulso adicional al reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho en el nivel constitucional, otorgando más visibilidad a los derechos de la niñez y la adolescencia, favoreciendo la puesta en práctica de estas garantías y también su reclamación ante la administración o la judicatura, cuando ellas sean vulneradas.

Para producir impactos significativos en la protección y efectivización de los derechos, la consagración de derechos y principios en el nivel constitucional debe venir acompañada de medidas que permitan que, en la legislación común, en las actuaciones administrativas, judiciales, y en general, en toda actividad, iniciativa o política implementada estos derechos y principios adquieran valor práctico.

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

Como consecuencia del análisis realizado, 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.



XI. EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES, Y EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El rol del Estado en el cumplimiento de los DESCAs

El Estado tiene el deber, además de respetar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de “cumplir”. Esto significa que debe hacer efectivos los derechos, facilitando o generando los medios necesarios para ellos. Asimismo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el deber del Estado implica el respetar y el garantizar, la cual sería la responsabilidad del Estado de asegurar el ejercicio de derechos, incluyendo dentro de ello tareas de protección y restitución de derechos¹⁶⁶.

Lo anterior es reflejo de lo planteado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 4°, que plantea que “los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Particular tema dentro de este deber es el cumplimiento de los denominados “Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales” (DESCA), en donde la Convención establece, también en su artículo 4°, que “los Estados deben adoptar esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Un rol clave al respecto es que los Estados deben cumplir con hacer exigibles esos derechos por parte de la ciudadanía, asegurando “todas aquellas disposiciones, normativas y mecanismos tanto institucionales como procedimentales, que estipulan y resguardan explícitamente la forma y condiciones en que las personas pueden reclamar ante un eventual incumplimiento en alguna de sus garantías”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, E., & Pelayo, C. (2012). La obligación de "respetar" y "garantizar" los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios constitucionales*, 10(2). Obtenido de www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200004

¹⁶⁷ 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 realización de derechos*. Editorial LOM: Santiago de Chile. Pág.84

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”¹⁶⁸.**

Como antecedente cabe destacar que en diversos estudios de opinión, niños, niñas y adolescentes han recalcado la importancia que les dan a los derechos sociales, independientemente si su ejercicio efectivo les afecta directamente a ellos y ellas o a sus familias. Por ejemplo, la consulta realizada por las municipalidades, en 2019, muestra que las demandas sociales con mayor importancia para las y los adolescentes son salud, pensiones, educación y el crédito universitario. En la misma línea, el estudio de opinión de la Defensoría de la Niñez, en su segunda ronda realizada posteriormente al 18 de octubre de 2019, identificó -en un 15%- a la Justicia Social como la demanda más importante¹⁶⁹.

Ahora bien, también cabe destacar que las políticas sociales deben asegurar una serie de dimensiones a incluir. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha planteado en diversas observaciones a diferentes aristas temáticas que, además de la disponibilidad, deben garantizarse aspectos como la **accesibilidad, la asequibilidad, la calidad, la participación, la exigibilidad, actualización y la adaptabilidad**¹⁷⁰.

En el fondo, los DESCAs involucran visiones de justicia redistributiva. Sin entrar en profundidad en ellas, esto significa asumir **una postura ética en donde importan las condiciones al igual que los resultados, siendo entonces deber del Estado, asegurar éstas para un desarrollo realmente libre del ejercicio de derechos.** Así, con variados matices, diversas posturas liberales igualitarias colocan la importancia de ciertas condiciones de base que serían justas como libertad positiva. Otras, como el republicanismo, enfocan más estos criterios de justicia en torno a las condiciones de poder participar e influenciar en los entornos, así como el comunitarismo. Otras teorías, como las de pensadoras Martha Nussbaum¹⁷¹ o Amartya Sen¹⁷², consideran que las personas deben tener condiciones o capacidades (no entendidas como requisitos, sino como pilares que permitan el ejercicio de la agencia) para realmente desarrollarse libres en el desarrollo de sus propias funcionalidades.

¹⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño (2003) Observación General N°5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5. Pág.2. Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG5.pdf

¹⁶⁹ Cabe destacar que anteriormente el estudio “Yo Opino, es Mi Derecho”, en la tercera versión, realizada para la priorización de la agenda de Objetivos de Desarrollo Sostenible en establecimientos educacionales en distintos niveles educacionales, identificó como principal problema transversal el Fin de la Pobreza con un porcentaje superior del 25%, seguido de “Paz y Justicia” y “Salud y Bienestar”. En la medida que aumenta la edad de las niñas, niños y adolescentes participantes va aumentando salud y bienestar

¹⁷⁰ 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 realización de derechos. Editorial LOM: Santiago de Chile. Pág.82 a 85

¹⁷¹ Nussbaum, M. C. (2012) Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano. Barcelona, Paidós

¹⁷² Sen, A. (1985) Commodities and Capabilities. Amsterdam: North-Holland. (Reimpreso en Delhi, Oxford University Press,

Lo dispuesto detrás del interés superior de la niñez y la adolescencia, principio base de la Convención, tiene a la base también la necesidad de asegurar diversas condiciones como parte de una forma de entender la justicia. Este principio agrega, además, que es una consideración primordial en el sentido de que debe ser prioritaria frente a cualquier otra decisión, dada la mejor posibilidad de influencia de niños, niñas y adolescentes. Es así como se “requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate”¹⁷³.

La hegemonía de una visión negativa de la subsidiariedad en las políticas sociales en Chile

Los principios de justicia detrás del interés superior del niño, y que están íntimamente ligados también al cumplimiento de los DESCAs, requieren por cierto que el Estado – a partir de sus acciones regulatorias y políticas públicas – generen estas condiciones. Sin embargo, nuestro Estado se ha desligado históricamente de su cumplimiento en materia de niñez y adolescencia, que debe hacerse cargo de su obligación de respetar, cumplir y proteger los derechos, pudiéndose apoyar en la labor de privados, pero sin delegar su responsabilidad en la planificación, diseño, supervisión, evaluación y otros.

Como afirmó el propio Comité de los Derechos del Niño tras su visita a Chile, en 2018, en virtud del Protocolo Facultativo de Comunicaciones por la grave situación de los centros residenciales, el "concepto de Estado subsidiario informa el sistema constitucional chileno. En virtud de él, el Estado sólo debe intervenir cuando el ciudadano, individual o colectivamente, no lo haga"¹⁷⁴.

La subsidiariedad hegemónica que informa el Comité, responde también a una visión de negación de la labor del Estado, en donde éste debe abstenerse de asumir una responsabilidad mientras haya otro que pueda realizarla¹⁷⁵. Esto es un contraste de una visión “positiva” de la subsidiariedad, que se destaca “por reconocer y enfatizar el deber de actuación que le cabe al Estado cuando las necesidades sociales insatisfechas, orientadas al bien común, así lo demanden”¹⁷⁶.

Esta visión negativa, donde se remite la acción del Estado en términos de exclusividad y no pertinencia, se caracteriza - además - por una preocupación solo centrada en la disponibilidad de los servicios. La preocupación del modelo se centra en la dicotomía de “si existe o no existe” tal prestación, en este caso provista por los actores privados y por la filantropía y, en la medida que esta exista, el Estado no interviene. Esta visión omite, entonces, las otras dimensiones citadas anteriormente que deben cumplir los derechos sociales de calidad, pertinencia y accesibilidad.

¹⁷³ Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14. Pág. 32

¹⁷⁴ Comité de los Derechos del Niño (2018) Informe de la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Pág. 18. Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/2018-Informe-del-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-de-la-Ni%C3%B1ez.pdf

¹⁷⁵ Gibson, A. (1979) Subsidiariedad y planificación. Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Pág.44-45. Pág. 48

¹⁷⁶ Nehme, K. (2014) El principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República y su aplicación en materia de derechos sociales. Pág. 17. Disponible en: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3776_01.pdf

Un ejemplo claro de este principio de subsidiariedad ha sido la oferta dedicada a la protección de derechos. **La perspectiva subsidiaria en este ámbito es histórica.** Como detalla Carlos Andrade, “desde el siglo XVIII, las iniciativas orientadas a la infancia vulnerable en Chile han incorporado a actores de la Sociedad Civil”¹⁷⁷ pero en base a una visión filantrópica con el “aporte humanitario y solidario de la sociedad civil, cuya gestión es administrada (o resuelta) en forma privativa por la judicatura”¹⁷⁸.

Las normativas más recientes han sido formas de institucionalizar - aún más en esta área - esta alternativa de “hacerse cargo” de la problemática. Como plantea el Comité, “tal perspectiva trajo como consecuencia que el Estado dejara mayoritariamente en manos de instituciones privadas la atención a los NNA en situación de desamparo, tradicionalmente atendidos por instituciones filantrópicas”¹⁷⁹.

Toda la institucionalidad del Servicio Nacional de Menores (Sename), desde su creación a fines de la década del setenta, ha tenido como sustento ir formalizando y dándole auxilio estatal a tal modelo de provisión. Su diseño institucional ha sido reflejo de ello, caracterizado por un fuerte foco en las tareas de asignación de financiamiento y supervisión administrativa, pero no en la calidad técnica de las prestaciones.

Una muestra de ello es el Decreto N° 2465, que creó el Sename, que establece en su artículo 4° que el servicio podrá administrar directamente programas - que no sean centros - en casos calificados, entendidos como “aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta”, lo que es una clara visión de la visión subsidiaria explicada anteriormente. Si bien, el Decreto inicial, que data de 1979, establecía que el Ministerio de Justicia autorizará qué es caso calificado, fue la reforma que introdujo la Ley de Subvenciones 20.032, en 2005, que esto debería basarse en el principio de disponibilidad o no de oferta privada como criterio decisor. Esto implica que “el sistema entero puede fallar desde la perspectiva de los derechos humanos y aun así el SENAME parece estar impedido de intervenir”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Andrade, C. (2017) Corresponsabilidad Estado-Sociedad Civil Corresponsabilidad Estado-Sociedad Civil en el ámbito de las políticas públicas en el ámbito de las políticas públicas de infancia en situación de vulnerabilidad social vulnerabilidad social. Pág. 31. Disponible en www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/2017/04/CASO109.pdf

¹⁷⁸ Maldonado, F. (2014). Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad. Revista *Ius et Praxis*, 209-234. Pág. 213

¹⁷⁹ Comité de los Derechos del Niño (2018) Informe de la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Pág. 18. Disponible en: www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/2018-Informe-del-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-de-la-Ni%C3%B1ez.pdf

¹⁸⁰ Alcaíno, E., Perret, S., & Soto, P. (2017). SENAME: El rol del Estado, la tutela judicial de niños, niñas y adolescentes y la relevancia penal de la crisis. Informe Anual sobre DDHH en Chile, 163-215. Pág.17

En este marco, la ley de Subvenciones, de 2005, vino a institucionalizar este modelo de provisión, en línea con las tendencias de gestión pública de la época, basadas en el eficientismo y la incorporación de la “lógica del mercado dentro del sector público”¹⁸¹. Por ello, el artículo 23° del Reglamento de la ley, definió a la subvención como un “auxilio económico que se traduce en una transferencia de fondos que salen del patrimonio fiscal incorporándose al del ente receptor, sin cargo de la institución, para ser utilizados en los objetivos prefijados por la ley”¹⁸². Por lo tanto, la transferencia de recursos se entiende como un aporte que debe ser complementado con recursos que vengan de la sociedad civil, en base a la filantropía.

Esto ha generado implicancias prácticas. El Estado se ha eximido de indemnizar por daños cuando las vulneraciones o delitos han sucedido en proyectos de colaboradores tercerizados. Esto queda claro en el fallo del caso de Sánchez Pavanello, citado en el informe de la Universidad Diego Portales, en 2017, que resolvió que el Sename sólo tiene la labor de fiscalizar y asignar recursos, por lo que no correspondía que asumiera civilmente los daños causados por dependientes de esta institución¹⁸³.

Otra política social que ha estado enmarcada por el principio de la subsidiariedad ha sido educación, marcada por, entre otros varios factores, el cambio de su forma de financiamiento hacia uno basado en la demanda que ha propiciado una expansión de oferta privada que ha aumentado la segmentación e inequidad¹⁸⁴.

Cómo es ahora se garantiza el derecho de los padres a elegir las escuelas, lo que implica que justamente veamos que no se cumple efectivamente, porque lo vemos en las escuelas más vulnerables sobre todo y hay mucha investigación al respecto [...] Para comentarlo en corto, las familias no son sujetos racionales de decisión en términos escolares y las condiciones familiares varían y están fuertemente influenciadas por la clase social y la educación. Aquello ha provocado que haya mucha segregación, porque aquellos padres que tienen niveles educacionales más altos tendieron a irse a escuelas que ellos consideraron mejor escuelas, y aquellos padres que estaban en una situación de mayor o doble situación de vulnerabilidad no tenían esa posición de elección de escuela, sobre todo si ves los resultados de los niños que están clasificados por su estrato social, ya que como las escuelas compiten por medio del SIMCE, se empezaron a competir por resultados, entonces en las escuelas con buenos resultados atienden generalmente a niños y niñas con buenas notas porque vienen de capitales culturales más

181 Cunill, N. (2009). El mercado en el Estado. Nueva Sociedad (221). Pág.40

182 Similar a la definición de la Real Academia Española del concepto: “Ayuda económica que se da a una persona o institución para que realice una actividad considerada de interés general”

183 El fallo de la Corte Suprema “Sánchez Pavanello contra Fisco de Chile, 19 de junio de 2013, considerando 10, plantea: “la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el Servicio Nacional de Menores respecto de las entidades colaboradoras sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión”.

184 Bellei, C. (2007), “Expansión de la educación privada y mejoramiento de la educación en Chile. Evaluación a partir de la evidencia”, Pensamiento Educativo, vol. 40, núm. 1, pp. 285-311.

elevados. Por lo tanto, si nosotros cambiamos el tema de la elección, vamos a poder sacar esa lógica de mercado de competencia entre escuelas, y lo que nos va a permitir es hacer políticas de mejoramiento para todas las escuelas, y no solamente para las que cumplen las condiciones como hasta ahora. Lo otro que vemos en términos cotidianos, es que se usa esta lógica para sacar a los niños problemáticos, pero esta tan fuerte esa lógica se usan eufemismos para excluir a los niños, entonces el problema pasa a ser de los niños y los padres, no de las escuelas. Si las escuelas están para eso para educar a todas y todos, el aprendizaje debe ser para todos/as no solo para unos pocos. Entonces este modelo es muy, muy injusto, que genera unas injusticias no vamos a tardar harto tiempo en reparar. (Académica de ciencias sociales nacional experta en educación)¹⁸⁵.

Como corolario, la segregación del sistema educativo permea a la sociedad chilena, con todos los efectos que genera a mediano y largo plazo en desigualdad, “ya que los recursos educativos a los que tienen acceso los sujetos en etapa de formación escolar o universitaria definen en gran medida las posibilidades que tendrán a futuro”¹⁸⁶. Lamentablemente, el sistema escolar se caracteriza por ser también altamente desigual, “ya que ciertos tipos de establecimiento acogen a estudiantes de ciertos niveles socioeconómicos”¹⁸⁷.

Asimismo, la excesiva subsidiariedad ha traído como efecto una carga importante en la familia, desde el punto de la demanda de responsabilidades, pero sin contexto de qué condiciones necesitan.

“Ha habido como otras clasificaciones a partir de esa donde hay un continuo desde la familiarización hasta la defamiliarización, siendo las políticas familiarizadas las que ponen un eje importante en lo que hacen las familias para subsistir y desarrollarse, y el Estado actúa cuando ya nadie más puede hacerlo” (Académica de ciencias sociales experta en políticas públicas de infancia).

¹⁸⁵ Cita de experto en el contexto de entrevistas realizadas en el marco del Proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno” de la Defensoría de la Niñez, en desarrollo.

¹⁸⁶ González. R. (2018) Segregación educativa en el sistema chileno desde una perspectiva comparada. Pág. 50. Disponible en: https://centroestudios.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/100/2018/03/Cap%C3%AD-tulo_-Segregaci%C3%B3n-Educativa-en-el-Sistema-Chileno-desde-una-perspectiva-comparada.pdf

¹⁸⁷ González. R. (2018) Segregación educativa en el sistema chileno desde una perspectiva comparada. Pág. 50. Disponible en: https://centroestudios.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/100/2018/03/Cap%C3%AD-tulo_-Segregaci%C3%B3n-Educativa-en-el-Sistema-Chileno-desde-una-perspectiva-comparada.pdf

La propuesta: avanzar hacia un Estado Social de Derechos en materia de niñez y adolescencia

Como se analiza anteriormente, 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 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. Es una visión símil a una idea de subsidiariedad, pero positiva, que expande los roles de responsabilidad sin desconocer la necesaria actuación del Estado.

En este marco, se debe concebir el compromiso del Estado de “otorgar a sus ciudadanos prestaciones y servicios adecuados para la satisfacción de sus necesidades vitales”¹⁸⁸. Para Viera Álvarez, el Estado - social - debe basarse en “un constitucionalismo que se construye desde la descentralización del poder y de reconstrucción de la solidaridad entre los ciudadanos”¹⁸⁹.

Asimismo, cabe recordar que anteriormente esta propuesta se manifiesta favorable a redireccionar la forma de entender la ciudadanía, incluyendo en éstas a niños, niñas y adolescentes. **Directa relación tiene este abordaje con los derechos sociales, y con la posibilidad de ejercerlos como tales, lo que significa no solamente una relación contractual de recibir prestaciones - desde el punto de vista de necesidad, mero status o caridad- sino del establecimiento de relaciones entre individuos y comunidades como pares en un marco de ciudadanía social**¹⁹⁰.

En este marco, la ciudadanía social implica no solo reconocer, sino también dar la posibilidad de su exigibilidad. Al respecto, cabe destacar que, según lo identificado por Jung, Hirschl y Rosevear, en un estudio de 195 constituciones, el 49% tiene presentes los DESCAs. En materia específica de niñez y adolescencia, están presentes en un 66%, siendo exigibles judicialmente en un 47% de los casos¹⁹¹.

El enfoque puesto está en línea con diversos pronunciamientos relativos a cómo los Estados deben hacerse cargo de las prestaciones, las que coincide en que los actores de la sociedad civil pueden ser activos actores en su participación, pero que debe ser en torno a reglas y condiciones que respeten el rol del Estado en asegurar su calidad, pertinencia y accesibilidad, además de su disponibilidad.

¹⁸⁸ Álvarez, C. (2019).” Estado social como fórmula en la Constitución que queremos“en. Bassa, J. Ferrada; B. y Viera, C. (Ed.) La Constitución que queremos. Pág. 91

¹⁸⁹ Álvarez, C. (2019).” Estado social como fórmula en la Constitución que queremos“en. Bassa, J. Ferrada; B. y Viera, C. (Ed.) La Constitución que queremos. Pág. 103

¹⁹⁰ Lovera, D. (2019).” Derechos sociales en una Nueva Constitución: el constitucionalismo transformador” en. Bassa, J. Ferrada; B. y Viera, C. (Ed.) La Constitución que queremos. Pág. 126

¹⁹¹ Jung, C; Hirschl, R. y Rosevear E. (2014)” Economic and social rights in national constitutions” in The American Journal of Comparative Law. Vol. 62 N°4, pp. 1043-1093

Principales énfasis de la propuesta de la Defensoría de la Niñez

En función de lo expuesto, se recomienda que la nueva Constitución debe reconocer expresamente los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, dentro del marco de un Estado social de Derecho y con mención explícita a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos de éstos.

Ello debe considerar, también, la incorporación de espacios de justiciabilidad, en el marco de reconocer el derecho de que todo ciudadano (y en este marco los niños, niñas y adolescentes) que hayan sido víctimas de vulneraciones de derechos establecidos constitucionalmente por cualquier tipo de los garantes pueda demandar su reconocimiento y restitución por vía judicial.

Asimismo, se deben establecer los principios de gasto fiscal de manera general, pero estableciendo también los criterios de priorización antes detallados en este boletín.

Por último, la Constitución debe, en línea con la definición de los roles de garantes de derechos, establecer algunos criterios orientadores para la provisión de prestaciones públicas. En particular en el tema de protección a la niñez y la adolescencia, se debe establecer el rol indelegable del Estado como responsable principal de garantizarlas, lo que implica acciones concretas dirigidas por este tanto en su formulación, planificación, implementación y evaluación de éstas. Y desde este marco, aceptar la participación de la sociedad civil en la ejecución de esta prestación, sin delegar su responsabilidad.





XII. RESUMEN PROPUESTAS POR ÁMBITO, SEGÚN COMISIÓN Y ARTÍCULOS

Considerando que este será un proceso reflexivo y de cierre propio de los Constituyentes y de la Asamblea, únicamente se recomienda incorporar el enfoque de derechos de niñez y adolescencia en su contenido y el estatuto jurídico de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos

Siendo este tema de relevancia a todos los derechos humanos contenidos en la futura Constitución y a todos los instrumentos internacionales que los regulan, consideramos que la solución normativa sobre la jerarquía debiese ser producto de un debate transversal, que excede el ámbito de la niñez y la adolescencia, adoptándose una solución única al respecto para todos los derechos fundamentales.

Principio igualdad no discriminación

Este principio es central en relación con la protección de los derechos humanos, sin embargo, por su carácter de general y transversal, se propone incluir el criterio de “edad”, siguiendo la experiencia comparada de algunos países.

Desca y rol del Estado en la prestación de servicios

Lo expuesto en relación con este ámbito debe quedar consagrado como elemento general de los derechos humanos, en el marco de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, y estableciendo el rol de Estado Social de Derechos y la responsabilidad como titular principal de éstos, que configure un marco general para la provisión de servicios desde este marco.

Propuesta de artículo en la Constitución para la niñez y la adolescencia

Inciso	Texto	Elementos incorporados
1°	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 ¹⁹² .	<ul style="list-style-type: none"> • Rol de garante principal • Reconocimiento • Ciudadanía
2°	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.	<ul style="list-style-type: none"> • Roles de garantes (Principal) • Igualdad y no discriminación • Interés superior del niño • Participación • Priorización • Principios de actuación
3°	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.	<ul style="list-style-type: none"> • Roles de garantes (Familia, Sociedad)

¹⁹² Es importante tener en cuenta que las normas relativas a las definiciones de ciudadanía y nacionalidad deben considerar armónicamente a los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos, en el marco del reconocimiento de sus derechos políticos de manera amplia y no solamente de forma restrictiva a la edad de votación, la cual también debiera considerar la participación de mayores de 16 años, como uno de los mecanismos.



XIII. REFLEXIONES FINALES

El presente Boletín del proyecto “Mi Voz en la Constitución” versó sobre lo que deben ser los pilares fundamentales de todo el contenido constitucional, para que éste realmente reconozca a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y en este contexto sobre cuáles son las dimensiones, y los desafíos que estas tienen, para que se materialice en diferentes aspectos.

Un aspecto fundamental del reconocimiento como sujetos de derechos es que los niños, niñas y adolescentes sean ciudadanos. Este aspecto es un cambio paradigmático. Supera la tradicional manera de cómo se ha concebido el sistema democrático y la participación social sin su participación y consideración. De concebirlos como sujetos concebidos para “la transmisión” se avanza hacia reconocerlos sujetos con plena capacidad de ejercer y exigir sus derechos, así como contribuir a la sociedad.

Este reconocimiento debe acompañarse con ciertos criterios fundamentales, derivados del enfoque de derechos de la niñez y adolescencia. Estos marcan el actuar que deben tener los diversos garantes de sus derechos, como el Estado, las familias y la sociedad. En este marco, fundamental es la consideración de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, remarcando la interdependencia entre todos, así remarcar la priorización que debe tener el Estado en sus actuaciones, así como en el cumplimiento de derechos sociales.

Por último, un aspecto fundamental para lograr este reconocimiento es que la norma constitucional considere articulados integrales, capaces de integrar de manera conjunta todas las visiones y propuestas de todas las dimensiones expuestas, mostrando la integralidad e interdependencia que tienen de cara al desafío de reconocerlos como sujetos de derechos.



MI VOZ EN LA
CONSTITUCIÓN

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ

www.defensorianinez.cl/mivozenlaconstitucion

