

## BOLETÍN N°3

# “Incorporación de derechos y garantías de la niñez y adolescencia en la nueva Constitución”

## Resumen Ejecutivo

### PRESENTACIÓN

En el marco del proyecto institucional “Mi Voz en la Constitución” y en cumplimiento del mandato legal establecido para la Defensoría de la Niñez en la Ley N°21.067 es que se publica el tercer Boletín sobre “Incorporación de derechos y garantías de la niñez y adolescencia en la nueva

Constitución”, que tiene por objeto entregar recomendaciones para avanzar en lograr el reconocimiento de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes dentro de la nueva Constitución, como una forma de visibilizarlos, reconocer su agencia y asegurar la exigibilidad de sus derechos en las instancias correspondientes.

### 1. ¿CÓMO INCLUIR LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Una postura, en relación con la forma de incorporar las normas relativas a la niñez y adolescencia<sup>1</sup>, es mediante la aplicación de un enfoque de derechos de manera transversal en la Constitución Política, lo que implica incorporar en sus diversas Al respecto, en la experiencia comparada se observa una tendencia a incorporar artículos específicos, incluyendo elementos operativos en temas como la filiación, niños, niñas y adolescentes bajo el sistema de protección o justicia juvenil, pero también, hay otras alternativas, como la utilizada en la Constitución de Bolivia, que contiene una

partes (principios generales, catálogo de derechos, orgánica, entre otras) ciertas formulaciones que digan relación con los derechos humanos.

sección específica denominada “Sección V. Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud” la cual desarrolla los contenidos relativos a niñez y adolescencia en extenso. En otros casos como la Constitución de Ecuador, si bien incluye es una sección especial en su texto, establece una

---

<sup>1</sup> Esto, principalmente de conformidad a lo contenido en el proyecto de indagación “Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el

proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno”.

nominación de derechos en extenso en variadas categorías.

En este sentido, no existe una única fórmula o un catálogo de derecho específico que deban ser incluidos en todas las constituciones desde un enfoque de derechos, sino que más bien se advierte la importancia de realizar un análisis que incorpore los factores sociales y culturales de cada país para poder evaluar qué forma de reconocimiento y derechos son los más pertinentes de visibilizar en la Carta Fundamental, proceso que también suele considerar la tradición jurídica constitucional de dicho país. A lo anterior, se recomienda considerar y aplicar los criterios que permitan garantizar su visibilización, agencia y la exigibilidad de sus derechos en el texto constitucional<sup>2</sup>.

A partir de estas tendencias, se puede proponer una opción mixta, aplicando el enfoque de derechos transversal al texto constitucional, es decir, incorporando especificades relativas a la niñez y adolescencia en artículos generales y también incluir artículos especiales que sean sobre derechos específicos de niñez y/o adolescencia, o que, de acuerdo con el contexto social del país, sea necesaria su incorporación. La aplicación de un enfoque transversal plantea la importancia de hacer, entonces, mención a niños, niñas y adolescentes, tanto en artículos de derechos generales como específicos, de forma combinada, debiendo optar por la inclusión de algunos derechos de manera específica, en atención a factores sociales y culturales del país en cuestión.

## 2. CONTENIDOS DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

### 2.1. Reconocimiento de la niñez y adolescencia en el catálogo general<sup>3</sup>

Derecho específico	Contenido	Recomendaciones para la norma
Derecho a la educación	<p>Se contiene en el artículo 28 de la CDN, y la Observación General N° 1 del Comité de Derechos del Niño.</p> <p>La CDN no sólo refuerza el derecho humano a la educación, sino que también amplía y profundiza su contenido, en el sentido que explicita que su implementación debe estar en sintonía con sus principios rectores, pues son la base para que los derechos se hagan efectivos.</p> <p>En tanto, la Observación General reconoce el hecho de que cada niño, niña y adolescente tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias, lo que obliga a garantizar el acceso de todos niños, niñas y adolescentes a una educación que permita potenciar al máximo sus capacidades y un</p>	<p>Reconocer explícitamente su importancia central tanto en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, como también en el propio ejercicio de sus derechos y de su ciudadanía.</p> <p>Reconocer la importancia de una educación integral, no discriminatoria y en igualdad de condiciones.</p> <p>Establecer la importancia de las acciones que debe realizar el Estado para apoyar a niños, niñas y adolescentes en su trayectoria educativa y el deber de éste de proporcionar asistencia en casos de exclusión educativa.</p> <p>Reconocer la importancia de una educación sexual integral.</p>

<sup>2</sup> O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19.

<sup>3</sup> Para contar con la argumentación detallada sobre cada derecho revisar Boletín N°3: "Incorporación de derechos y garantías en la nueva Constitución", pp.24-42.

	<p>entorno de aprendizaje que les posibilite participar de manera plena y responsable en nuestra sociedad.</p> <p>Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destaca cuatro características interrelacionadas que la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe respetar: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.</p>	
Derecho a la salud	<p>El Comité de Derechos del Niño, señala que, en la concreción del derecho, existen factores sociales determinantes en el acceso a la salud, que afectan las condiciones de vida de niños, niñas y adolescentes (como el acceso a atención sanitaria y escolarización, entre otras), que deben ser atendidos para el cumplimiento del derecho, el cual es indispensable para el disfrute de otros derechos fundamentales, como la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida y el derecho a ser oído.</p> <p>Según el artículo 24 de la CDN las niñas y los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquellos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil<sup>4</sup>, constituyéndose así, la necesidad de garantías de derechos fundamentales que afectan especialmente a la niñez y adolescencia, como el foco en la atención primaria en el cuidado y prevención neonatal, la salud mental y medicación, planes de vacunación y el derecho a la salud sexual y reproductiva.</p>	<p>Reconocer su importancia tanto en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, mencionando el deber del Estado en generar las condiciones para lograr el más alto nivel posible de salud en cada niño, niña y adolescente.</p> <p>Reconocer la importancia especial de la salud mental en niños, niñas y adolescentes y establecer el deber del Estado en garantizar acciones y servicios médicos de promoción, prevención y rehabilitación especialmente en esta población.</p>
Derecho al debido proceso y al acceso a la justicia	<p>Para acceder a la justicia, existen procedimientos administrativos y judiciales de exigibilidad de derechos. Estos procedimientos para considerarse legítimos deben seguir una serie de presupuestos de debido proceso que los hacen racionales y justos. En este sentido, el acceso a la justicia debe garantizar que se pueda hacer oír la voz de los niños, niñas y adolescentes, que puedan ejercer sus</p>	<p>Reconocer explícitamente la importancia de reforzar el cumplimiento de este derecho en grupos de especial protección mencionando específicamente a niños, niñas y adolescentes.</p> <p>Reconocer explícitamente la capacidad del ejercicio del derecho de forma directa y personal por parte de niños, niñas y adolescentes, considerando su autonomía progresiva en instancias y procedimientos</p>

<sup>4</sup> Defensoría de la Niñez (2021) Informe Anual 2021. Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes. Capítulo 1: Los primeros mil días: situación de los derechos de niñas y niños de 0-3 años en Chile. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/derechos-humanos/capitulo-1-los-primeros-mil-dias-situacion-de-los-derechos-de-ninas-y-ninos-de-0-3-anos-en-chile/>

	<p>derechos y no ser discriminados en ese ejercicio y permitirles exigir de las autoridades encargadas un pronunciamiento sobre sus peticiones.</p> <p>En vista que el acceso a la justicia está íntimamente ligado a permitir a las personas ser oídas de manera justa, se debe asegurar una representación jurídica, requisito del debido proceso. De acuerdo con los estándares internacionales, toda representación jurídica de niños, niñas y adolescentes debiese cumplir con ser personal (concebir al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos), altamente especializada, de acceso universal y gratuita.</p>	<p>administrativos y judiciales especializados, así como en mecanismos de exigibilidad pertinentes.</p> <p>Reconocer y garantizar el derecho de todo niño, niña y adolescente a una defensa jurídica especializada.</p>
<p><b>Derecho a un medio ambiente sano</b></p>	<p>La CDN, la que, si bien no establece este derecho de forma expresa, sí lo refiere en el artículo 24 e), al hablar del saneamiento ambiental, y el artículo 29 e), al referir la necesidad de que la educación inculque al niño, el respeto al medio ambiente. En cuanto deberes del Estado en relación con el derecho a la salud y a la educación de los niños, niñas y adolescentes.</p> <p>Existe una especial vinculación entre materias de salud y educación en torno a este derecho, que pueden particularizarse como obligaciones del Estado para con los niños, niñas y adolescentes, por lo que en este punto resulta relevante referir la existencia de obligaciones internacionales en la materia.</p>	<p>Reconocer explícitamente la importancia del cuidado y protección del medioambiente en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.</p> <p>Relevar la afectación de los factores medioambientales en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, como elementos centrales a considerar para la adopción de decisiones medioambientales, o para acciones de reparación al respecto.</p> <p>Promover la educación de niños, niñas y adolescentes sobre materias medioambientales y de su cuidado.</p>
<p><b>Derecho a una vivienda digna</b></p>	<p>La CDN establece en su artículo 27 que dentro de las obligaciones del Estado está la obligación de adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño para dar efectividad a que estos tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, lo que implica que proporcionarán la <i>“asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”</i>.</p> <p>Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 4 sobre <i>“El derecho a una vivienda adecuada”</i> reconoce que este derecho tiene <i>“una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales”</i>.</p>	<p>Reconocer explícitamente la importancia del derecho a la vivienda digna sin discriminación o distinciones especiales para ciertos tipos de familias.</p> <p>Reconocer la importancia del derecho a la vivienda digna para el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.</p>

	<p>Asimismo, reconoce que, si bien la referencia del derecho en general es “para sí y su familia”, esto no puede limitarse a un concepto de familia en un sentido lato, sino de manera general e integral, “independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores”.</p>	
--	---	--

## 2.2. Reconocimiento de la niñez y adolescencia como derechos específicos o especialmente reforzados<sup>5</sup>

Derechos específicos	Fuente y contenido	Recomendación para norma
Derecho a la participación	<p>La Convención por medio de diversos artículos, tales como derecho a la libertad de expresión (artículos 12 y 13), Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. (artículos 14), libertad de reunión (artículo 15) y derecho acceso a la Información (artículo 17), reconoce el derecho a la participación de la niñez y adolescencia.</p> <p>Asimismo, es importante mencionar que la participación es uno de los principios estructurantes de la CDN. 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 derecho.</p>	<p>Reconocer el derecho a la participación social y política de los niños, niñas y adolescentes.</p> <p>Reconocer la ciudadanía de niños, niñas y adolescentes, que está estrechamente vinculado con el derecho a la participación.</p>
Derecho al desarrollo integral	<p>Se comprende como el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos por la CDN. Los derechos pueden agruparse dentro de las siguientes categorías: salud y bienestar, identidad, familia, educación y cultura, protección y libertades.</p> <p>Los derechos que se refieren a la salud y bienestar implican que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. También se establece que</p>	<p>Reconocer el derecho al desarrollo integral enfocado en las obligaciones del Estado al respecto.</p> <p>Reconocer este derecho considerando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en dicho concepto de desarrollo.</p>

<sup>5</sup> Para contar con la argumentación detallada sobre cada derecho revisar Boletín N°3: “Incorporación de derechos y garantías en la nueva Constitución”, pp. 43-73.

	<p>tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social<sup>6</sup>. Está estrechamente vinculado con el principio de autonomía progresiva.</p>	
Derecho al juego, descanso y recreación	<p>Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 31 de la CDN, y es un elemento esencial del desarrollo de niños, niñas y adolescentes. Se evidencia que su respeto y ejercicio es fundamental para el desarrollo físico, social y emocional de los niños y niñas, no solo en primera infancia, sino que a lo largo de su niñez y adolescencia.</p> <p>El Comité de los Derechos del Niño manifiesta su preocupación por el limitado cumplimiento de los Estados en inversión, legislación y medidas suficientes para su ejercicio en condiciones de igualdad, en especial con niños, niñas y adolescentes con discapacidad, niños, niñas y adolescentes indígenas, y em general, quienes pertenecen a otros grupos específicos en situación de mayor vulnerabilidad.</p>	<p>Reconocer este derecho explícitamente en una norma de niñez y adolescencia específica y establecer las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad al respecto.</p> <p>No supeditar ni asociar este derecho a deberes.</p>
Derecho a la protección contra todo tipo de violencia	<p>El derecho a la protección contra todo tipo de violencia, se encuentra consagrado principalmente en el artículo 19 de la CDN, sin perjuicio, de estar presente en otras disposiciones referidas a la protección del niño contra la explotación y abuso sexual (artículo 34) o a la venta o trata de niños (artículo 35).</p> <p>Además, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 13<sup>7</sup>, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, precisa que la violencia no solo se refiere al daño físico y/o intencional, sino que comprende también los efectos de las formas no físicas y/o intencionales de daño (como el descuido, los malos tratos psicológicos, entre otras), explicitando los distintos tipos de violencia del que puede ser víctima este grupo de la población.</p>	<p>Reconocer explícitamente el derecho a los niños, niñas y adolescentes a ser protegidos contra todo tipo de violencias de manera amplia, abarcando diversas acciones que caben dentro de este concepto.</p>
Derechos relacionados con justicia penal adolescente	<p>En un Estado democrático, la labor legislativa en el ámbito penal, está sometida y limitada a principios jurídicos de carácter constitucional, los que no solo deben concebirse como límites al ius puniendi Estatal sino</p>	<p>Reconocer algunos derechos y/o garantías mínimas, en especial aquellas que refieran a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) la edad mínima de imputabilidad;</li> <li>ii) una observación especial al derecho de libertad, concibiendo la detención y</li> </ul>

<sup>6</sup> Comité de los Derechos del Niño (2013), Observación General N°20, párr. 55 y 75, exhorta a los Estados a no olvidar el derecho a juego en adolescentes.

<sup>7</sup> Comité de los Derechos del Niño (2006), Observación General N°13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

	<p>también como marcos de actuación de la justicia penal.</p> <p>En el caso de adolescentes, el sistema penal, se sustenta en principios jurídicos especiales<sup>8</sup>, establecidos en diversos instrumentos internacionales<sup>9</sup>, que protegen los derechos de adolescentes y jóvenes imputados o condenados, cuya necesidad de reconocimiento constitucional, deriva del principio de orientación especial de la justicia juvenil a la resocialización, reconocido por la CDN<sup>10</sup>.</p>	<p>la privación de libertad como normas de ultima ratio.</p> <p>-</p>
Derecho a vivir en familia	<p>La CDN es clara en señalar como uno de sus lineamientos fundamentales es la concepción de la familia como medio propicio para el pleno y armonioso desarrollo, crecimiento y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, quienes, a su alero, deben recibir la protección y asistencia necesarias, lo que se ve reforzado por medio de las orientaciones que entrega a través de su articulado respecto a la importancia del rol de la familia en la satisfacción de sus derechos.</p> <p>Si bien tiene una responsabilidad primordial por la crianza, cuidado y protección de los mismos, debe asimismo recibir la protección y asistencia necesarias por parte del Estado y sus instituciones para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad<sup>11</sup>.</p>	<p>Reconocer a la familia como medio principal para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y particularmente de los niños, niñas y adolescentes, así como establecer la responsabilidad primordial que le cabe en su crianza, cuidado y protección.</p> <p>Reconocer y enfatizar la excepcionalidad de las medidas de separación de niños, niñas y adolescentes de sus familias de origen.</p>

<sup>8</sup> Estos principios, se construyen sobre la base de los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo y por la criminología empírica comprendiendo entre ellos, factores de diferenciación, basados en las capacidades de comprensión, autocontrol y juicio, considerando además que, los adolescentes, tienen mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel. COUSO y DUCE (2013), El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado, pp. 28- 32.

<sup>9</sup> Entre ellos: El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1981). Luego, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) consagra garantías expresas de un régimen penal especial para todas las personas menores de 18 años, en especial en sus artículos 37 y 40. Así mismo se relevan ciertas Reglas Mínimas de Naciones Unidas, tales como las Reglas de Beijing (1985); Reglas de la Habana (1990) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

<sup>10</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.1 “ Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

<sup>11</sup> Better Care Network (2019). Key recommendations for the 2019 UNGA Resolution on the Rights of the Child with a focus on children without parental care. Disponible en: <https://bettercarenetwork.org/key-recommendations2019UNGA-resolution-on-the-rights-of-the-child>.

### 3. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Considerando el enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, así como también la opinión de niños, niñas y adolescentes, la experiencia comparada y opiniones de expertos y expertas, la Defensoría de la Niñez recomienda que para el reconocimiento de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes es necesario que, tanto dentro del catálogo general de derechos se puede hacer una mención especial para esta población, así como también es importante considerar derechos específicos para ellos y ellas, dada la protección especial que debe tener la niñez y adolescencia.

Para el caso de los derechos a nivel general se presenta la importancia de una mención especial para niños, niñas y adolescentes en el caso del derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al debido proceso y acceso a la justicia, el derecho a un medioambiente sano y el derecho a una

vivienda digna. Esto no quiere decir, que no deba haber mención de esta población específica en otros derechos, pero según los antecedentes recabados, al menos, deberán considerarse en los derechos mencionados.

Con respecto a derechos específicos para niños, niñas y adolescentes, la Defensoría de la Niñez recomienda considerar al menos el derecho a la participación, el derecho al desarrollo integral, el derecho al juego, descanso y recreación, el derecho a ser protegido contra la violencia, y el derecho a vivir en familia. Así también, se establece las obligaciones del Estado, familia y la sociedad en su garantización y ejercicio.

### 4. PROPUESTA DE ARTICULADO

Ámbito	Propuesta
Derecho al desarrollo integral	<i>Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al desarrollo integral en los distintos ámbitos de sus vidas, especialmente en familia, salud y bienestar, identidad, educación, cultura, protección y libertades. Será obligación del Estado, las familias y la sociedad el reconocer, promover, respetar, proteger y garantizar el derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.</i>
Derecho a la participación	<i>Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la participación social y política en todos los asuntos que les afecten o en los que deseen libremente participar, de acuerdo a su autonomía progresiva. El Estado deberá garantizar de manera prioritaria el derecho a la participación efectiva, la libre expresión y acceso a la información de niños, niñas y adolescentes.</i>
Derecho a la recreación	<i>Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la recreación para su desarrollo integral. El Estado deberá respetar, promover y garantizar su derecho al descanso, esparcimiento y juego.</i>
Derecho a ser protegido contra la violencia	<i>Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser protegido contra cualquier forma de violencia. El Estado deberá adoptar todas las medidas para promover y garantizar esta protección</i>
Derecho a vivir en familia	<i>Los niños niñas y adolescentes tienen derecho a vivir en un entorno familiar, no pudiendo ser separados del mismo contra su</i>



*voluntad, salvo en los casos que sea necesario adoptar esta medida. En este caso, el Estado deberá actuar conforme a su interés superior, según lo establecido en la ley y los tratados internacionales de derechos humanos*

Derechos relativos a justicia juvenil

*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la libertad personal y seguridad individual. Las personas menores de 14 años no serán responsables penalmente. Ningún niño, niña y adolescente será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. El Estado garantizará el cumplimiento de las condiciones y derechos establecidos en el presente artículo según lo establecido en la ley y los tratados internacionales de derechos humanos*

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



DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ



[www.defensorianinez.cl/mivozenlaconstitucion](http://www.defensorianinez.cl/mivozenlaconstitucion)

