

INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE: ANTECEDENTES Y RECOMENDACIONES PARA EL CASO CHILENO

Informe final



INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE: ANTECEDENTES Y RECOMENDACIONES PARA EL CASO CHILENO – DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ

DEFENSORA DE LA NIÑEZ

Patricia Muñoz García

EQUIPO DE INVESTIGADORES

Orielle Ahumada Bisquett (coordinadora)

Gabriel Guzmán Riquelme

EDICIÓN

Meribel González Yáñez

REVISIÓN

Pamela Meléndez Madariaga

Valeria Illanes Aedo

DISEÑO

Madelinne Fonseca Constanzo

EQUIPO DE APOYO EN LA INVESTIGACIÓN

Nicolás Saavedra González

Valentina Castillo Rojas

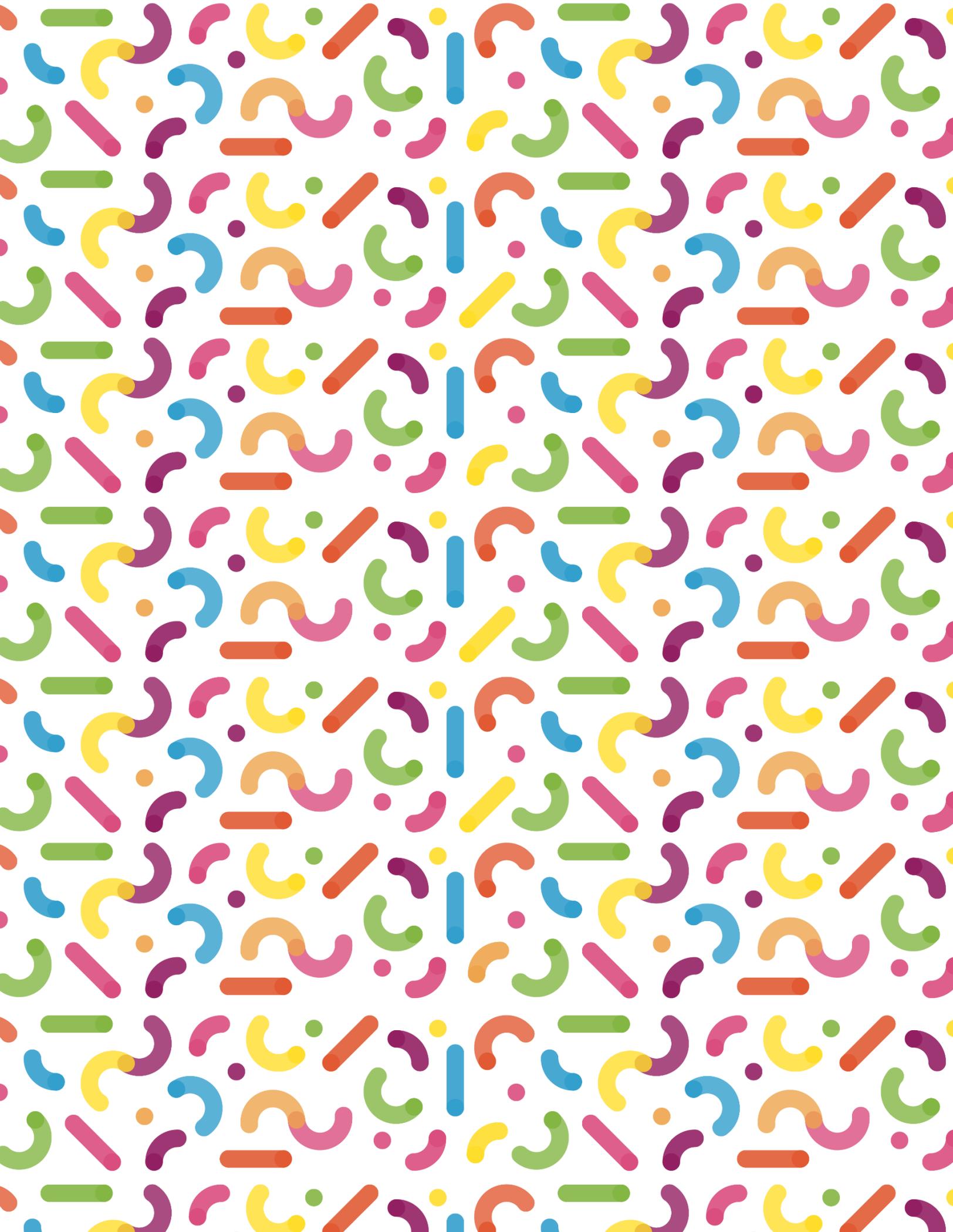
Santiago de Chile, abril de 2023

Defensoría de la Niñez. 2023. Incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el proceso constituyente: antecedentes y recomendaciones para el caso chileno.

Esta publicación es de uso público y sus contenidos pueden ser reproducidos total o parcialmente, siempre que se realice la cita de autor.

Copyright © todos los derechos reservados Defensoría de la Niñez.

En la realización de este informe, se agradece, especialmente, a las y los entrevistados durante su desarrollo y al trabajo del equipo del proyecto “Mi Voz en la Constitución” de la Defensoría de la Niñez.



“Muchas de las cosas que nosotros necesitamos pueden esperar, los niños no pueden, ahora es el momento”

Gabriela Mistral



CONTENIDO

1. Presentación.....	4
2. Panorama actual de la niñez y adolescencia en Chile.....	5
3. Antecedentes sobre el proceso constituyente en Chile	8
4. Marco teórico	10
4.1. Relevancia de reconocer a niños, niñas y adolescentes en la Constitución.....	10
4.2. Formas de incluir a niños, niñas y adolescentes en la Constitución	16
4.3. Criterios para efectivizar el enfoque de derechos en la Constitución	19
4.4. Limitaciones del reconocimiento constitucional de los niños, niñas y adolescentes	23
5. Metodología del estudio	24
5.1. Diseño y análisis de información.....	25
5.1.1. Dimensiones de análisis y selección de la muestra sobre experiencia internacional	27
5.1.2. Dimensiones de análisis y selección de la muestra sobre proceso constituyente	29
6. Resultados del estudio	31
6.1. Análisis descriptivo de las experiencias internacionales.....	31
6.1.1. Contexto sociopolítico en la incorporación de normas sobre niñez y adolescencia en la Constitución	32
6.1.2. Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso de promulgación o reforma constitucional	34
6.1.3. Reconocimiento y derechos de niñez y adolescencia en la experiencia internacional.	35
6.1.4. Mecanismos de exigibilidad de los derechos de la niñez y adolescencia	45
6.1.5. Institucionalidad de niñez y adolescencia en la experiencia internacional	46
6.1.6. Brechas en derechos de la niñez y adolescencia en la experiencia internacional	51
6.2. Convergencias y divergencias de la opinión experta en el proceso constituyente chileno	56
6.2.1. Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente	56
6.2.2. Nueva Constitución desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia	66
7. Propuesta de elementos sociojurídicos para contribuir al proceso constituyente	108
Conclusiones.....	161
Anexos	167



1. Presentación

El presente documento es resultado de una investigación encabezada por la Defensoría de la Niñez, que surge en el marco del proyecto institucional *Mi Voz en la Constitución*¹ y en cumplimiento de su mandato legal establecido en la Ley N° 21.067. Su propósito es lograr el reconocimiento y protección constitucional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y promover su participación efectiva e incidente en el proceso constituyente 2022, de conformidad al cumplimiento de 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 los Derechos del Niño.

Como es de público conocimiento, 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. En esta instancia se aprobó la elaboración de una nueva Constitución para Chile, con un 78% de la votación y, además, un 79% votó que una “Convención Constitucional” debía encargarse de su redacción, cuyos miembros fueron 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 con escaños reservados para pueblos originarios y paritaria, el 15 y 16 de mayo de 2021, quienes tuvieron a cargo de la redacción de la propuesta de nueva Constitución, la que fue rechazada por un 61,87% de los votantes en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022.

Si bien en su momento se destacó que el proceso constituyente logró incluir a los pueblos originarios a través de escaños reservados, así como una participación paritaria de mujeres y hombres, los niños, niñas y adolescentes —quienes tuvieron un rol protagonista en las movilizaciones sociales que antecedieron el proceso constitucional— lamentablemente no fueron incluidos en las elecciones. No obstante, en los reglamentos internos de la Convención Constitucional se les reconoció formalmente el derecho a participar en las etapas que contempla el itinerario constituyente².

Posteriormente, considerando el rechazo de la propuesta de nueva carta fundamental, se reunió un número importante de partidos políticos, junto a representantes del Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo, en el denominado “Acuerdo por Chile”, con el propósito de destrabar el proceso constitucional. En este marco, el Congreso Nacional aprobó una reforma constitucional, con fecha 17 de febrero de 2023 que “*Modifica la*

¹ Defensoría de la Niñez. (2021). Proyecto institucional *Mi Voz en la Constitución*. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/mivozenlaconstitucion/>.

² Durante el periodo de funcionamiento de la Convención Constitucional se desarrollaron diversas instancias, formales y autoconvocadas, que permitieron la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso. Fue posible constatar una alta variedad de instancias de participación, sobre todo a nivel de procesos autoconvocados por la sociedad civil, con diferentes metodologías y centradas en distintas temáticas, que permitieron levantar opiniones de niños, niñas y adolescentes en estas materias. Defensoría de la Niñez, 2022. Nota temática: La participación de la niñez y adolescencia en la Convención Constitucional. Informe Anual 2022. p.255.

*Carta Fundamental, con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República*³, habilitando un nuevo proceso constituyente.

En este escenario surge el presente estudio, con el objetivo **de identificar elementos sociojurídicos para la incorporación del enfoque de derechos de la niñez y adolescencia en la Constitución Política, a través de la recopilación de antecedentes a nivel nacional e internacional, para así contribuir a la elaboración de recomendaciones de la Defensoría de la Niñez al órgano constituyente.**

Para ello, se optó por una metodología de carácter cualitativa, que permitió aproximarse a la experiencia comparada y a las convergencias y divergencias que expresaron las y los expertos consultados en este estudio, provenientes de diversas disciplinas, tales como ciencias jurídicas, ciencias sociales, filosofía, pedagogía, entre otras. De esta manera, se abordaron ámbitos como la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, la incorporación de la normativa de niñez y adolescencia en la Carta Fundamental y su implementación desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia. Así como también, a una parte de ellas y ellos se les consultó sobre la experiencia comparada relativa al ámbito constitucional de ciertos países seleccionados, entre los que se encuentran Argentina, Bolivia, Ecuador, Colombia, República Dominicana, Irlanda, Noruega y Sudáfrica.

Es importante mencionar que los resultados obtenidos en el presente proyecto fueron incorporados por la Defensoría de la Niñez en diversos boletines y minutas sobre temáticas relativas al proceso constituyente como al texto constitucional. Todos ellos tienen como propósito 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 incidente⁴.

Se debe precisar que, en este proyecto se seleccionaron expertas y expertos adultos, en paralelo al trabajo desarrollado por la Defensoría de la Niñez junto a niños, niñas y adolescentes en el marco del proyecto Mi Voz en la Constitución, en diversas instancias, por medio del Proyecto Presentes; en Mi Voz Cuenta, en alianza con la Subsecretaría de la Niñez, entre otras instancias, por medio de metodologías participativas con el objetivo de recabar sus opiniones e intereses respecto a las temáticas que abordaría la nueva Constitución.

Así también la Defensoría de la Niñez participó en la Secretaría Técnica de Participación Popular de la Convención Constitucional, que tuvo como objetivo apoyar la implementación de procesos participativos de la ciudadanía y de educación popular

³ Boletín N° 15.614-07.

⁴ Específicamente, el Boletín N° 1 se centró en la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, el Boletín N° 2 en los principios generales de la Constitución, el Boletín N° 3 se enfocó en los derechos y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Constitución y el Boletín N° 4 abordó las diversas formas en que los derechos de niños, niñas y adolescentes podrían estar incorporados en el nuevo texto constitucional, ya sea de forma general o específica, pero siempre reconociéndoles explícitamente derechos como una forma de darles posibilidad de reclamación.



constituyente establecida en el reglamento de funcionamiento de la Convención. Es así como se consideró relevante contar con una participación intergeneracional, de modo de retroalimentar las recomendaciones que se elaborarán en este marco desde diversas miradas y de manera complementaria.

Se espera que este estudio sea un aporte en materias de derechos de niñez y adolescencia en este proceso constitucional, presentando orientaciones que permitan incorporar normas para el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos derechos.

2. Panorama actual de la niñez y adolescencia en Chile

De acuerdo con el Censo del 2017, la cantidad de población de 0 a 17 años en Chile es de 4.453.381, equivalente al 24% del total y se proyecta que aumentará a 4.472.600 el año 2022⁵. Pese a que constituye una cifra significativa, como indica el Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (Cideni), el peso demográfico de los niños, niñas y adolescentes ha disminuido con los años y se proyecta que seguirá disminuyendo. Este decrecimiento contrasta con el incremento durante los últimos años de su relevancia social como grupo, producto de su participación en movimientos sociales⁶.

Por otra parte, aun cuando se reconoce el avance sustantivo que ha significado en el ámbito de los derechos de los niños, niñas y adolescentes la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado de Chile hace 31 años, la situación de sus derechos en el país sigue siendo alarmante, especialmente producto de la falta de cumplimiento de las obligaciones en relación con sus derechos que recaen sobre el Estado en su posición de garante.

El Comité de los Derechos del Niño ha evidenciado aquellas brechas en el examen de los informes periódicos de Chile⁷, así como en el informe del año 2018, referente a la situación de los niños, niñas y adolescentes que están bajo el cuidado residencial, señalando las graves y sistemáticas vulneraciones de derechos de las que han sido víctimas desde hace más de cuatro décadas⁸. Por su parte, en el contexto del seguimiento de aquellos informes, la Defensoría de la Niñez, desde el inicio de su

⁵ Defensoría de la Niñez (2022). Proyección en base a 2017 INE en Panorama estadístico de la niñez y adolescencia en Chile en Informe Anual 2022. p. 160.

⁶ CIDENI (2019). *Derechos en acción: ¿cómo ha ido cambiando la infancia en Chile en 25 años? Análisis comparado datos censales, 1992-2017*, p. 6.

⁷ Comité de los Derechos del Niño (2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*; Comité de los Derechos del Niño (2007). *Observaciones finales: Chile, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*.

⁸ Comité de Derechos del Niño (2018). *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*.

funcionamiento, en el año 2018, ha entregado información a las autoridades nacionales, internacionales y a la ciudadanía en general acerca de las distintas afectaciones de derechos que viven los niños, niñas y adolescentes en Chile⁹.

Desde el punto de vista legislativo, si bien en las últimas dos décadas han existido valiosos avances, tales como la creación de los Tribunales de Familia (por medio de la Ley N° 19.968), el Sistema Intersectorial de Protección Social Chile Crece Contigo (Ley N° 20.379), la tipificación del delito de maltrato relevante (Ley N° 21.013), la creación de la Subsecretaría de la Niñez (Ley N° 21.090), la ley de entrevistas videograbadas (Ley N° 21.057) y, más recientemente, la separación de funciones del Servicio Nacional de Menores y la creación del Servicio de Protección Especializada específicamente dedicado a la protección de quienes han sido vulnerados en sus derechos (mediante la Ley N° 21.302), todavía existen importantes carencias normativas.

Entre estas, la principal deuda normativa con la niñez y la adolescencia hasta hace poco tiempo era la inexistencia de una Ley de Garantías, siendo Chile el único país de Sudamérica que no contaba con un marco normativo de este tipo. Sin embargo, el 6 de marzo de 2022, después de 7 años de tramitación, fue promulgada la Ley que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia y el 15 de marzo del mismo año entró en vigencia¹⁰.

Por otro lado, **los niños, niñas y adolescentes en Chile no cuentan con reconocimiento constitucional, siendo uno de los dos países de Sudamérica en dicha situación (junto con Uruguay)**¹¹. Al respecto, en el año 2019 se rechazó un proyecto de reforma constitucional que buscaba reconocerles en la Constitución. Este incluía un deber general de protección de niños, niñas y adolescentes y un reconocimiento específico de sus derechos en el catálogo contemplado en el artículo 19 de la Constitución. No obstante, a juicio de académicos como Domingo Lovera, este no resultaba suficiente, puesto que no cumplía con los estándares de derecho internacional de los derechos humanos¹².

En los hechos, el panorama actual es preocupante. A modo de ejemplo, la Defensoría de la Niñez describe, en su Informe Anual de 2022, la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo el cuidado del Estado, constatando que se mantienen en el tiempo, a pesar de sus denuncias persistentes, graves vulneraciones de derechos en residencias de protección y centros de privación de libertad; ligado a lo anterior, se evidencia un escaso avance en materia de verdad, justicia y reparación y una

⁹ Para profundizar sobre las vulneraciones de derechos en niñez y adolescencia en Chile, revisar los Informes Anuales de la Defensoría de la Niñez de los años 2019, 2020, 2021 y 2022. Disponibles en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2019/>, <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020.pdf>, <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/> y <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/>.

¹⁰ Defensoría de la Niñez (2021). Informe Anual 2021. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile, p. 273. Revisar nota temática *Protección integral: Recordando el propósito de la nueva institucionalidad de niñez y adolescencia*, Informe Anual 2022. Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/wp-content/uploads/2023/01/IA2022-03-Notas-tematicas-10_web-1.pdf.

¹¹ Lovera, Domingo (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Contexto, p. 7.

¹² Lovera, Domingo (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Contexto, pp. 7-8.



oferta crítica de cupos de programas de atención ambulatoria¹³. Asimismo, se constatan severas falencias en la representación judicial especializada de niños, niñas y adolescentes; nudos críticos respecto al ejercicio del derecho a la salud mental, entre otros¹⁴.

Por otro lado, así como en el resto del mundo, la pandemia agudizó en Chile muchas de las desigualdades que afectaban a niños, niñas y adolescentes en el país. En abril del 2020, el Comité de los Derechos del Niño advirtió acerca de las graves consecuencias físicas, emocionales y psicológicas que ha causado la pandemia del Covid-19 en este grupo¹⁵, por lo que recomendó a los Estados reforzar el respeto y la protección de sus derechos al tomar medidas frente a la pandemia, especialmente de quienes están en mayor situación de vulnerabilidad, como aquellos con discapacidad, en situación de pobreza y de calle, migrantes, indígenas, bajo el cuidado del Estado, entre otros¹⁶.

Según la Cepal (2021), en América Latina y el Caribe, la tasa de pobreza habría llegado al 33,7% y la de pobreza extrema a un 12,5%, mencionando que las transferencias de emergencia a sectores en situación de mayor vulnerabilidad permitieron atenuar el incremento de la pobreza en la región en el año 2020. La crisis sanitaria ha aumentado la pobreza y la desigualdad, afectando especialmente a grupos específicos tales como mujeres, escolares y personas mayores¹⁷. En Chile, de acuerdo a la última Encuesta Casen de 2020, de 2017 a 2020 aumentó la pobreza infantil por ingresos en un 2%¹⁸.

Además, como ha hecho presente la Defensoría de la Niñez, la pandemia del Covid-19 y las medidas adoptadas para afrontarla han implicado una restricción evidente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tales como el derecho a la educación, salud física y mental, al juego y recreación, entre otras¹⁹. Por ejemplo, en lo relativo a la salud mental, como reflejan los datos de la Defensoría de la Niñez, el 86% de los niños, niñas y adolescentes encuestados reportaron haber sentido ansiedad durante la pandemia del Covid-19²⁰.

¹³ Defensoría de la Niñez (2021). Nota temática *Situación de la niñez y adolescencia bajo cuidado del Estado, Informe Anual 2022. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*. Disponible en: [tps://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/wp-content/uploads/2023/01/IA2022-03-Notas-tematicas-03_web.pdf](https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/wp-content/uploads/2023/01/IA2022-03-Notas-tematicas-03_web.pdf).

¹⁴ Defensoría de la Niñez (2022). Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Informe Anual 2022, p. 169. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/>.

¹⁵ Defensoría de la Niñez (2022). Nota temática *Derecho a la salud mental de niños, niñas y adolescentes. Informe Anual 2022, Defensoría de la Niñez*. Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/wp-content/uploads/2023/01/IA2022-03-Notas-tematicas-04_web.pdf

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño (2020). "El Comité de los Derechos del Niño advierte sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia de COVID-19 en los niños y hace un llamado a los Estados para proteger los derechos de los niños", declaración de 8 de abril de 2020 (traducción de Francisco Estrada), p. 1.

¹⁷ Cepal (2021). La paradoja de la recuperación en América Latina y el Caribe Crecimiento con persistentes problemas estructurales: desigualdad, pobreza, poca inversión y baja productividad.

¹⁸ Para mayores detalles, visitar: <https://observatorio.defensorianinez.cl/2022/04/07/derecho-a-un-nivel-de-vida-adecuado/>.

¹⁹ Defensoría de la Niñez (2022). Nota temática N°4. *El derecho a la salud mental de niños, niñas y adolescentes. Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Informe Anual 2022*, p.206. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2022/>.

²⁰ Defensoría de la Niñez (2021). *Informe Anual 2021. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, pp. 206-207.

Además, ciertos grupos específicos, como niños, niñas y adolescentes migrantes²¹ y bajo el cuidado del Estado²², sufrieron especiales consecuencias producto de la crisis sanitaria. En este escenario especialmente difícil “*se ha hecho aún más evidente de la invisibilización de sus vivencias, realidades, necesidades y opiniones, y lo que resulta particularmente grave es la falta de adopción de medidas estatales oportunas y pertinentes tendientes a abordar su particular y específica situación*”²³.

Como ha indicado previamente la Defensoría de la Niñez, aunque las vulneraciones de derechos de las que han sido víctimas niños, niñas y adolescentes en el país se pueden vincular con diversos factores, uno de ellos está relacionado con la invisibilización que ha producido la ausencia de reconocimiento de la niñez y adolescencia en el ámbito constitucional.

La Constitución actualmente vigente, al no reconocerles como sujetos de derecho, los invisibiliza como grupos de especial protección, no estableciendo mandatos claros a los órganos del Estado, de proteger, garantizar y respetar sus derechos, los cuales tampoco se encuentran especificados en el actual texto constitucional, lo que ha contribuido a interpretaciones tanto administrativas como judiciales, que han tendido a restringir esos derechos²⁴.

3. Antecedentes sobre el proceso constituyente en Chile

El aumento de la tarifa del pasaje del metro de Santiago, en octubre de 2019, se percibió por la ciudadanía como un abuso ante el incremento sostenido del costo de la vida. En este escenario, estudiantes secundarios de la capital iniciaron llamados a evadir de forma masiva el pago del metro saltando los torniquetes. Sus acciones catalizaron en el país lo que se conoció como el estallido social, al cual rápidamente se fue sumando la ciudadanía en general, bajo las mismas demandas de mayor igualdad, dignidad y derechos. En palabras de Lovera, estas protestas estudiantiles corrieron los límites de lo posible²⁵.

²¹ Defensoría de la Niñez (2021). *Informe Anual 2021. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, p. 111.

²² Defensoría de la Niñez (2020). *Informe Anual 2020. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, tercera parte, capítulo 2 “Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado de un Estado en crisis”.

²³ Defensoría de la Niñez (2021). *Minuta N° 3. Enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia en la Convención Constitucional*, p. 3. Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/10/Minuta-3_Enfoque-de-DDHH-y-NC-VF.pdf.

²⁴ Defensoría de la Niñez (2021). *Minuta N° 3. Enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia en la Convención Constitucional*, pp. 3-4.

²⁵ Lovera, Domingo (2021). “El camino constituyente de los pingüinos: Ensayo y aprendizaje”. En: *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución*, segunda edición, La Pollera, Santiago de Chile, p. 159.



La fuerte represión a las protestas ciudadanas por parte de agentes del Estado también fue motivo de denuncia, situación que captó la atención nacional e internacional. Organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, organizaciones como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, organismos nacionales de derechos humanos, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Defensoría de la Niñez, condenaron unánimemente las graves violaciones a los derechos humanos que ocurrieron en Chile entre los últimos meses del 2019 e inicios del 2020.

Al centrarse en las víctimas que al momento de los hechos eran niños, niñas y adolescentes, la cantidad resulta alarmante. Según cifras reportadas por el Ministerio Público a la Defensoría de la Niñez, entre octubre de 2019 y marzo de 2020 se da cuenta de un total de 1.314 denuncias sobre violaciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en este contexto, en la mayoría de ellas se denuncia su comisión por parte de funcionarios de Carabineros de Chile (83%)²⁶. De estos, 35 niños, niñas y adolescentes sufrieron lesiones del tipo trauma ocular, en el marco de lo que se ha conocido en el mundo como una “epidemia” de lesiones oculares que azotó al país²⁷. No obstante, a fines de mayo de 2022, en la rendición de examen del Estado de Chile ante el Comité de los Derechos del Niño, el representante del Ministerio Público señaló que la cifra consolidada de casos de víctimas menores de 18 años, en el contexto de estallido social, fue 2.216 a nivel nacional²⁸.

A casi un mes del inicio del estallido social, el 15 de noviembre de 2019, diversos partidos políticos firmaron el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, presentado como una salida institucional a la grave crisis política y social que se estaba atravesando mediante un procedimiento democrático²⁹. En virtud de este, el 24 de diciembre de 2019 se publicó la ley N° 21.200, que modificó el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Esta contenía un calendario electoral que se inició con la convocatoria a un plebiscito nacional, que se realizó el 25 de octubre de 2021, consultándose a la ciudadanía si aprobaba o rechazaba una nueva Constitución, y si el órgano encargado de redactarla debía ser una convención mixta o convencional. Las opciones “*apruebo*” (con un 78%) y “*Convención Constitucional*” (con un 79%), obtuvieron un triunfo mayoritario. Posterior a las elecciones de convencionales constituyentes, de mayo de 2021, en 4 de julio de 2021 se dio inicio formal al proceso mediante la instalación de la Convención Constitucional, cuyo trabajo de redacción culminó con la presentación de un texto constitucional que se sometió a un plebiscito ratificadorio de la Constitución. La conformación de la Convención Constitucional, integrada por convencionales electos por la ciudadanía, con paridad y representación de grupos históricamente marginados, como

²⁶ 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*, pp. 12 y 15. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-verdad-justicia-reparacion/>.

²⁷ BBC News Mundo (2019). “Protestas en Chile: la ‘epidemia’ de lesiones oculares que ponen en entredicho al gobierno de Piñera”, noticia del 8 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50354968>

²⁸ Naciones Unidas (2022). Disponible en: <https://media.un.org/en/asset/k1g/k1gpy2wj5z>.

²⁹ Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, 15 de noviembre de 2019. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

las mujeres y pueblos indígenas, apuntaba a asegurar mayores niveles de representatividad de los intereses de la población³⁰.

El 4 de septiembre de 2022, a través del plebiscito de salida, la ciudadanía manifestó su rechazo al texto propuesto por la Convención Constitucional, alcanzando un 61,86% de los votos (7.882.238), mientras que la alternativa por el apruebo obtuvo el 38,14% de votos (4.859.039)³¹.

En este nuevo escenario político y social, y tras meses de debate y diálogo, el 12 de diciembre de 2022, se suscribió el “Acuerdo por Chile”, acordado por un grupo importante de fuerzas políticas, que crea un proyecto de reforma constitucional. Lo anterior establece el comienzo de un nuevo proceso constituyente que se orienta a la redacción de una nueva Constitución en contexto democrático, por un órgano de dedicación exclusiva.

La reforma constitucional fue publicada el martes 17 de enero 2023³², dando curso al nuevo proceso constituyente. Esta modificación contiene las bases institucionales³³, establece la Comisión de expertos y el Consejo Constitucional, que deberán apuntar a la elaboración de una nueva Carta Fundamental. La Comisión de Expertos³⁴ deberá elaborar el anteproyecto que será la base para la discusión y redacción del nuevo texto, y el Consejo Constitucional³⁵ tendrá como objetivo único discutir y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución. El 17 de diciembre de 2023, se deberá celebrar un plebiscito, con voto obligatorio, para ratificar o rechazar la propuesta final de nueva Constitución.

³⁰ Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung, prólogo de Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler, p. 6.

³¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2022). Disponible en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/plebiscito2022>.

³² Con fecha 17 de enero de 2023, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 21.533, que modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República.

³³ En el nuevo artículo 154 de la actual Constitución se establecen las bases institucionales y fundamentales de la nueva Constitución.

³⁴ La Comisión de expertos estará conformada por 24 personas elegidas por la Cámara de Diputados y el Senado en sesión especial, y en proporción a las actuales fuerzas políticas y partidos representados. Su integración será paritaria y deberá estar establecido el 6 de marzo 2023.

³⁵ El Consejo Constitucional estará compuesto por 50 personas elegidas de acuerdo a las reglas de elección del Senado el día 7 de mayo de 2023. Sus integrantes serán electos en votación popular y su conformación será paritaria.



4. Marco teórico

4.1 Relevancia de reconocer a niños, niñas y adolescentes en la Constitución

Cuando hablamos de reconocimiento de niños, niñas y adolescentes en la Carta Fundamental apuntamos a su mención explícita como grupo específico y a la inclusión de sus intereses y la protección de sus derechos en el texto, desde un enfoque de derechos³⁶.

Existen diversas razones por las cuales es necesario incluir el reconocimiento y la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Constitución. Algunas de ellas atienden a este sector como futuras personas adultas, mientras que otras se centran en que ellos y ellas sean actualmente considerados³⁷.

Figura 1: ¿Por qué incluir los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Carta Fundamental?



- Permite contemplar a un grupo históricamente discriminado por cuestiones de edad.
- Genera efectos simbólicos, consistentes con la visibilización y respeto de su identidad diversa



- Mejora su posición jurídica como sujetos de derechos fundamentales y agentes sociales.
- Los derechos constitucionalmente reconocidos suponen su vinculatoriedad directa para todos los poderes del Estado. De esta manera, los derechos no solamente delimitan el estatus subjetivo de sus titulares, sino que también se transforman en criterios de interpretación preferentes que deben ser tenidos en cuenta en todo acto de creación o aplicación del derecho.



- Subraya el peso de su posición dentro del ordenamiento jurídico, sin supeditarlos a cuestiones políticas contingentes.
- Las constituciones son pactos intergeneracionales, en el sentido de que los efectos del pacto social que se alcanza impactan a distintas generaciones. Dado que las constituciones tienen vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo, serán las futuras generaciones las que la implementarán y se verán afectados por ella, y no solamente la generación que la crea³⁸.

Fuente: Elaboración propia

³⁶ Lovera, Domingo. (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes: Agencia presente y futura*. Disponible en: <https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/NNA-Lovera.pdf>.

³⁷ Lovera, Domingo. (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, p. 3. Disponible en: <https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/NNA-Lovera.pdf>.

Es importante señalar que, debido a la imposibilidad que tienen las generaciones venideras de incidir en el pacto social, existe una tensión entre constitucionalismo y democracia (si la entendemos exclusivamente como regla de mayorías)³⁹ pues, la generación presente, mediante el pacto social, forja ataduras que impactan en las presentes y futuras generaciones, de manera que podría existir una especie de paternalismo y negación de competencia, de racionalidad y, por ende, de agencia política en relación con las futuras generaciones que implementarán la Constitución⁴⁰. Por esta razón, **la decisión constitucional debería incluir y proteger los intereses y derechos no solo de quienes viven el momento constituyente, sino que tener también en cuenta los de generaciones futuras**, que incluye a quienes actualmente son niños, niñas y adolescentes, quienes tendrán a cargo llevar a cabo sus disposiciones⁴¹.

Pero, más allá de las posibles tensiones con la representación democrática de las generaciones posteriores, hay otros motivos también urgentes que apuntan a que su inclusión en la Constitución contribuya a que se les considere como agentes políticos y sociales, no de las generaciones que aún no existen, sino de los niños, niñas y adolescentes de hoy⁴².

Una de estas razones es la necesidad de aprovechar la fuerza expresiva de la Constitución para incluir y reconocer a los niños, niñas y adolescentes como actores sociales.

Al respecto, el académico Dylan Lino, señala que **“las constituciones escritas son un sitio importante de disputa en las luchas políticas de los grupos marginados para que se respeten sus identidades dentro de las instituciones públicas”**⁴³. Como parte de una política de reconocimiento, la inclusión en la carta fundamental de ciertos grupos que han sido históricamente discriminados por cuestiones de identidad, tales como las mujeres, grupos étnicos y raciales, grupos religiosos, migrantes, población LGBTIQ+ y — podríamos añadir— niños, niñas y adolescentes, es un objetivo político central para asegurar que el Estado, a través de sus poderes e instituciones, los respete realmente⁴⁴.

Para este respecto, explica dicho autor, que las constituciones, dada su característica de distribuir y limitar el poder, pueden incidir en que este se ejerza respetando las

³⁸ Ansuátegui, Francisco Javier (2014). “Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia”, en: Mora, Francisco (coord.). *Democracia: Ensayos de filosofía política y jurídica*, Fontamara, pp. 157-186, pp. 157-158.

³⁹ Esta tensión ha sido denominada por Elster “la paradoja de la democracia”. Elster, John (2015). *Ulises y las sirenas*. Traducido por: Utrilla, Juan José, primera edición electrónica, Fondo de Cultura Económica, México D.F, pp. 83-84.

⁴⁰ Lovera, Domingo (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Contexto, pp. 4-5. Disponible en: <https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/NNA-Lovera.pdf>; Ansuátegui, Francisco Javier (2014). “Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia”, en: Mora, Francisco (coord.). *Democracia: Ensayos de filosofía política y jurídica*, Fontamara, pp. 157-186, p. 178.

⁴¹ Lovera, Domingo (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Contexto, p.3. Disponible en: <https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/NNA-Lovera.pdf>.

⁴² Lovera, Domingo (2021). *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Contexto, pp.4-5. Disponible en: <https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/NNA-Lovera.pdf>.

⁴³ Lino, Dylan (2014). *Written constitutions and the Politics of Recognition: symbolism and substance* (Conference Paper, World Congress of Constitutional Law, 19 June 2014, p. 1 (traducción libre).

⁴⁴ Lino, Dylan (2014). *Written constitutions and the Politics of Recognition: symbolism and substance*, (Conference Paper, World Congress of Constitutional Law, 19 June 2014), p. 1.



identidades de estos grupos. Además, desde su dimensión y fuerza expresiva, la inclusión, reconocimiento, respeto y protección de estos grupos en ella puede irradiar sus efectos sobre todas las instituciones y poderes públicos, tornándolos más inclusivos y representativos hacia las diversidades⁴⁵. En definitiva, **la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución tendría importantes efectos en la visibilización y respeto de su identidad diversa a la de las personas adultas que, a la larga, legitimarían discursos políticos en favor de sus derechos y agencia.**

No obstante, su inclusión en la Constitución es necesaria para mejorar la posición jurídica de los niños, niñas y adolescentes en el derecho nacional, dejando atrás la negación jurídica a la cual se les ha sometido históricamente como grupo, entrando en coherencia con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, los niños, niñas y adolescentes han sido históricamente invisibilizados en la sociedad y también en el sistema jurídico, pues sus intereses y derechos han sido omitidos o, a lo más, agrupados y entendidos en torno a otros grupos, como las familias o sus madres⁴⁶. En el caso chileno, la falta de inclusión de este grupo en la Constitución actual deja fuera a cerca de un cuarto de la población que se está viendo impactada por ella, pues la Carta Fundamental les es directamente aplicable y vinculante.

En este sentido, sostiene el académico Miguel Cillero, *“el reconocimiento jurídico y práctico de los derechos de este colectivo de personas ha transitado más por los caminos de la ignorancia y la falta de respeto que por los del reconocimiento y de la garantía”*⁴⁷. Esto comenzó a cambiar con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño *“y el progresivo reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los niños”*⁴⁸.

Una de las causas de lo anterior radica en la concepción moderna de la niñez que prima en nuestra sociedad. Como explica el académico David Archard, según esta concepción, los niños, niñas y adolescentes pertenecen a un mundo separado de las personas adultas, al ser considerados incompetentes e inocentes. Por eso, se les asigna un lugar pasivo respecto de los derechos y las responsabilidades de los adultos para con ellas y ellos⁴⁹. Si bien la niñez en Chile actualmente constituye un grupo que cuenta con un marco jurídico específico, y es destinataria de políticas sociales focalizadas⁵⁰, a nivel

⁴⁵ Lino, Dylan (2014). *Written constitutions and the Politics of Recognition: symbolism and substance*, (Conference Paper, World Congress of Constitutional Law, 19 June 2014), pp. 2-6.

⁴⁶ O’ Mahony, Conor (2019). “Constitutional protection of children’s rights: Visibility, agency and enforceability”, *Human Rights Law Review*, 19, p. 19.

⁴⁷ Cillero, Miguel (2017). “Interés superior del niño: apuntes para su reconocimiento constitucional”. En: Quesille, Anuar (coord. y ed.) (2017), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, UNICEF, Santiago de Chile, pp. 47-80, p. 50.

⁴⁸ Cillero, Miguel (2017). “Interés superior del niño: apuntes para su reconocimiento constitucional”. En: Quesille, Anuar (coord. y ed.) (2017), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, UNICEF, Santiago de Chile, pp. 47-80, p. 50.

⁴⁹ Archard, David (2004). *Children: rights and childhood*. segunda edición, Routledge, Nueva York, p. 50.

⁵⁰ CIDENI (2019). *Derechos en acción: ¿cómo ha ido cambiando la infancia en Chile en 25 años? Análisis comparado datos censales, 1992-2017*, p. 4.

constitucional su situación se sigue entendiendo exclusivamente bajo el alero de otros grupos, como las familias o las escuelas⁵¹.

FIGURA 2: Cambios paradigmáticos introducidos por la Convención sobre los Derechos del Niño



⁵¹ Ejemplo de esto último es la referencia a los niños, niñas y adolescentes exclusivamente en su papel de hijos e hijas en la constitución actualmente vigente en Chile, a propósito del "derecho preferente de los padres y el deber de educar a sus hijos" (artículo 19 N° 11 inciso 2°).

⁵² Couso, Jaime (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 los derechos", *Justicia y derechos del niño*, N° 1, UNICEF, pp. 79-104, pp. 79-80.

⁵³ Couso, Jaime (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 los derechos", *Justicia y derechos del niño*, N° 1, UNICEF, pp. 79-104, p. 83.

⁵⁴ Verhellen, Eugeen (2015). "The Convention on the Rights on the Child. Reflections from a historical, social policy and educational perspective", *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, pp. 43-59, p. 43 (traducción libre).





En cuanto a su marco jurídico, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce un conjunto de derechos a los niños, niñas y adolescentes, algunos generales y comunes a todas las personas (como, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad, y la libertad de expresión), y otros específicos por su condición (como, por ejemplo, el derecho al juego, a no ser separado de sus padres, y a ser oído), y que abarcan gran parte de las dimensiones de su vida y desarrollo. Su reconocimiento y aplicación tiene como base cuatro principios fundamentales: la no discriminación; el interés superior del niño, niña o adolescente; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la participación.



Al respecto, y en coherencia con la obligación de aplicar la Convención que asumen los Estados al ratificarla, estos deben tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos que reconoce. En concreto, el tratado prescribe, en su artículo 4, que los Estados deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos que dicho instrumento reconoce⁵⁵, lo anterior sin perjuicio de que los derechos y principios que establece sean aplicables directamente⁵⁶.

De esta forma, reconocerles y proteger sus derechos a nivel constitucional puede contribuir a mejorar su posición jurídica como sujetos de derechos fundamentales y agentes sociales, en línea con las obligaciones estatales establecidas en la Convención y el desarrollo que sobre ella ha efectuado el Comité de los Derechos del Niño.



Aun cuando la Convención no exige explícitamente que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean elevados a rango constitucional, sino que deja un margen de discrecionalidad a los Estados para implementarla a través de las medidas que sean eficaces, claramente aquella posibilidad está contemplada en el rango abierto de medidas señaladas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 5, sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, valora la inclusión constitucional de disposiciones relativas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues esto “contribuye a subrayar la idea esencial de la Convención: que los niños, al igual que los adultos, son titulares de los derechos humanos”⁵⁷.

Fuente: elaboración propia.

⁵⁵ Esta no es la única disposición que refiere a la obligación de implementar la CDN a nivel local. También son relevantes los artículos 2, 3.2, 42, entre otros.

⁵⁶ 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. 1.

⁵⁷ 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. 21.

Por otro lado, el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes como derechos fundamentales en la Constitución es consecuente con la propia existencia de un Estado constitucional y democrático de derecho. Esto, puesto que la característica de este modelo de Estado es, justamente, que los derechos fundamentales, dada su relevancia jurídica, social y política, no quedan sometidos a la sola mayoría parlamentaria o a la discreción de los órganos de la administración⁵⁸.

Al respecto, como plantea la académica María del Carmen Barranco, los derechos, cuando se encuentran reconocidos en la Constitución, cumplen una doble función, una subjetiva y otra objetiva. Por un lado, son derechos subjetivos, es decir, pretensiones directamente exigibles por la ciudadanía a los poderes públicos. Por otro lado, tienen una función objetiva, que consiste en irradiar sus efectos a todos los poderes regidos por la Constitución. Es decir, los derechos fundamentales no tienen solo peso individual, sino que involucran al ordenamiento jurídico completo⁵⁹.

En concordancia, el académico Luis Prieto indica que, al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico, las obligaciones estatales que derivan de los derechos constitucionalmente reconocidos suponen *“elevar de modo considerable el nivel de su resistencia jurídica, pues significa que todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, se hallan limitados y sometidos al imperio de los derechos”*⁶⁰, y, por tanto, opera como límite al poder, especialmente al legislativo. Su vinculatoriedad directa para todos los poderes implica, además, que los derechos no solamente delimitan el estatus subjetivo de sus titulares, sino que también se transforman en criterios de interpretación preferentes que deben ser tenidos en cuenta en todo acto de creación o aplicación del derecho⁶¹. En este sentido, si bien el reconocimiento constitucional de los derechos humanos no es, en sí mismo, una condición de su existencia jurídica, sí es un requisito de su existencia como fuente de obligaciones estatales⁶².

En definitiva, teniendo en cuenta las características de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales, reconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes como tales en la Constitución significa subrayar el peso de su posición dentro del ordenamiento jurídico, sin supeditarlos a cuestiones políticas contingentes⁶³.

⁵⁸ Espejo, Nicolás (2017). “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”. En: Quesille, Anuar (coord. y ed.) (2017), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, UNICEF, Santiago de Chile, pp. 11-43, p. 29.

⁵⁹ Barranco, María del Carmen (2000). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.

⁶⁰ Prieto, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, p. 111.

⁶¹ Prieto, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, p. 120.

⁶² Prieto, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, p. 111.

⁶³ Espejo, Nicolás (2017). “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, en: Quesille, Anuar (coord. y ed.) (2017), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, UNICEF, Santiago de Chile, pp. 11-43, p. 29.



4.2 Relevancia de reconocer a niños, niñas y adolescentes en la Constitución

Asumida la importancia del reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución, es también relevante la forma en que sean incluidos. El Comité de los Derechos del Niño advierte, en su Observación General N° 5, previamente citada, que la mera inclusión de artículos sobre niños, niñas y adolescentes en las constituciones, si bien puede ser valiosa, no garantiza de forma automática que en dicho Estado se respeten sus derechos⁶⁴. Tal como explica el académico Connor O'Mahony, hacer referencia a este grupo es solo un punto de partida, importante pero no suficiente⁶⁵.

En este ámbito, conviene hacer presente brevemente de qué manera, desde la perspectiva del derecho constitucional, pueden estar contemplados los derechos fundamentales en la Constitución y qué factores inciden en su fuerza dentro del sistema jurídico. Lo anterior teniendo en cuenta las funciones subjetiva y objetiva que cumplen los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos, es decir, no solamente se materializan en un catálogo de derechos (como el artículo 19 de la Constitución chilena vigente), sino que además se vinculan a normas constitucionales de distinto tipo. Como explica el académico Nash⁶⁶, para que una Constitución sea fundada en derechos humanos, estos pueden estar contemplados en ella a través de:

- **Un catálogo de derechos, que los reconoce de forma expresa en el texto constitucional.** Generalmente no se trata de una lista taxativa, pues puede ser complementada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según el valor que se les conceda a los tratados internacionales en la materia. Por lo demás, los derechos fundamentales no se rigidizan mediante su constitucionalización, pues su contenido e interpretación puede ir variando con el desarrollo de la sociedad.
- **El modelo de Estado que establezca la Constitución.** El tipo y contenido de los derechos fundamentales, así como la densidad de las obligaciones de los agentes estatales a su respecto y los espacios de participación ciudadana varían según se trate, por ejemplo, de un Estado liberal (con mayor preminencia de derechos individuales), Estado social (que reconozca también derechos sociales), etc.
- **Principios constitucionales que, mediante cláusulas generales y abstractas, integran los valores superiores que inspiran la sociedad que crea el pacto social (como la libertad, la igualdad, la solidaridad, etc.).** No se trata de simple retórica, pues estos determinan el contenido y guían la interpretación de los derechos. Por ejemplo: principio general de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales; la vigencia de un Estado de Derecho;

⁶⁴ 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. 21.

⁶⁵ O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19, p. 1.

⁶⁶ Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 19-24.

la confesionalidad del Estado; valores superiores del ordenamiento; principios interpretativos; etc.

- **Mecanismos de garantía que permiten la efectividad de los derechos.** Al respecto, se debe subrayar la relevancia de, junto con reconocer derechos fundamentales, establecer en el ordenamiento jurídico ciertas garantías que aseguren su exigibilidad y, en definitiva, su respeto y cumplimiento efectivo. Como sostiene el académico Francisco Ansuátegui, *“la ‘efectividad de los derechos’ o la ‘buena salud’ de los derechos exige también otra serie de condiciones o elementos —culturales, sociales, políticos, económicos...—, pero sin mecanismos y garantías jurídicas, esa efectividad posiblemente sería una mera ilusión”*⁶⁷.

De esta forma, la adopción real del paradigma de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, instaurada con la Convención sobre los Derechos del Niño, debe tener como punto de partida el reconocimiento constitucional de los niños, niñas y adolescentes en tanto sujetos de derechos. Lo anterior, tanto de manera sustantiva, en el texto, como de manera procedimental, esto es, en la etapa de redacción de la nueva Constitución. Pero, al mismo tiempo, implica establecer garantías para su efectividad, a través de medidas de diversa índole que se dirijan a ese objetivo⁶⁸, tales como constitucionales, legislativas, administrativas, judiciales, sociales y financieras.

Una clasificación posible de los mecanismos de garantía, desde una perspectiva jurídica, es la que expone Nash⁶⁹, quien distingue las garantías normativas, institucionales u orgánicas y jurisdiccionales, que deberían estar presente para que los derechos reconocidos no queden solo en el papel:

⁶⁷ Ansuátegui, Francisco Javier (2005). “Ordenamiento jurídico y derechos humanos”. En: Tamayo, Juan José (dir.) (2005). *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, pp. 305-347, p. 311.

⁶⁸ Defensoría de la Niñez (2021). *Minuta N° 3. Enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia en la Convención Constitucional*, p. 2.

⁶⁹ Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung.



Figura N°3: Clasificación de mecanismos de garantías constitucionales

Normativas: exigencia de ciertos requisitos para modificar o restringir derechos.

Por ejemplo:

- Normas que establecen requisitos especiales para reformar la constitución (ej. reserva de ley o exigencia de quorum especial para limitar derechos fundamentales).
- Normas que establecen condiciones para restringir o suspender derechos (ej. estados de excepción constitucional).

Institucionales/orgánicas: creación de instituciones especialmente destinadas a velar por los derechos.

Por ejemplo:

- Instituciones nacionales de derechos humanos.
- *Ombudsperson*.

Jurisidiccionales: establecen mecanismos específicos para invocar ante órganos jurisdiccionales la afectación de derechos.

Por ejemplo:

- Acción de protección.
- Recurso de amparo.

Fuente: Elaboración propia con base en la propuesta de clasificación de garantías desde una perspectiva de Claudio Nash (2020)⁷⁰.

Otro aspecto esencial es cómo se incorpora en la Constitución el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷¹. Esta determina la forma en que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico nacional, y más específicamente, la manera en que estas puedan (o no) ser invocadas directamente ante los tribunales locales y el lugar que ocupan en la pirámide normativa del sistema jurídico. La relevancia de esta decisión se ha hecho

⁷⁰ Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung.

⁷¹ Nash lo describe como parte de los mecanismos de garantía de tipo jurisdiccional. Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung, pág. 167.

presente en la actual Constitución chilena puesto que, la falta de literalidad del artículo 5⁷², respecto del valor jerárquico que se les da a los instrumentos internacionales de derechos humanos (supralegal, constitucional o supraconstitucional), ha provocado largos debates a nivel académico y jurisprudencial⁷³.

Desde otra perspectiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que el enfoque de derechos, aplicado en las políticas públicas, reclama al Estado actuar tomando como marco referencial los principios y normas que reconocen los derechos plasmados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en la normativa legal y constitucional interna de los países⁷⁴. Este enfoque se sustenta en dos pilares fundamentales, “*el Estado como garante de los derechos y sujeto responsable de su promoción, defensa y protección; y las personas y grupos sociales como sujetos titulares de derechos con la capacidad y el derecho de reclamar y participar*”⁷⁵.

4.3 Criterios para efectivizar el enfoque de derechos en la Constitución

Retomando la idea de que no basta el mero reconocimiento constitucional, específicamente en relación con los niños, niñas y adolescentes, cabe recordar que, incluso las normas constitucionales que crean derechos fundamentales lo pueden hacer con distintos enfoques y fuerza. En el caso de la niñez y adolescencia esto es particularmente relevante pues, como se señaló previamente, la Convención sobre los Derechos del Niño y el posterior desarrollo de los derechos humanos introducen un paradigma en virtud del cual niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y agentes sociales válidos y relevantes.

Como da cuenta el académico Benito Aláez, tanto la doctrina como la legislación, e incluso la opinión pública, tradicionalmente han abogado por un mayor grado de protección de los niños, niñas y adolescentes desde su concepción como meros objetos de protección, pero no así por una mayor capacidad de autodeterminación, cuestión que se ha reflejado en las constituciones (particularmente en la española vigente, que es aquella en la que se centra el autor). Tras esta tensión, que describe como de heteroprotección en desmedro de una autoprotección del niño, niña o adolescente, yace la categoría de la minoría de edad, y la negación de ciertos derechos que ella implica, como una garantía a partir de la cual se deduce qué es lo mejor para este grupo. Desde

⁷² “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.

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”. Constitución Política de la República de Chile, artículo 5.

⁷³ Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 167.

⁷⁴ CIDH (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, de 15 de septiembre de 2018, párr. 42. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticPublicasDDHH.pdf>

⁷⁵ CIDH (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, de 15 de septiembre de 2018, párr. 44.



ese punto de vista, la protección de los niños, niñas y adolescentes es entendida como algo abstracto, externamente regulado y desvinculado de su autonomía⁷⁶.

Por lo anterior, O'Mahony subraya la relevancia de que la Constitución no solo incluya a los niños, niñas y adolescentes, sino que lo haga desde un enfoque coherente con la Convención sobre los Derechos del Niño y el desarrollo interpretativo de esta que ha efectuado el Comité de los Derechos del Niño⁷⁷. En particular, dicho órgano de tratado nos da importantes luces acerca de la aproximación que se debe adoptar en el trato jurídico hacia la niñez y adolescencia, especialmente en sus Observaciones Generales N° 13 y 21.

En la **Observación General N° 13, relativa al derecho a no ser objeto de violencia**, el Comité de los Derechos del Niño describe lo que ha de entenderse por enfoque basado en los derechos del niño, niña o adolescente. Indica que se trata de un nuevo paradigma, que se aleja de los enfoques de la protección que los perciben y tratan como objetos que requieren de asistencia, en lugar de personas titulares de derechos —y, entre ellos, el derecho a ser protegido—. Agrega que

(...) un enfoque basado en los derechos del niño da mayor efectividad a los derechos que la Convención reconoce a todos los niños, reforzando la capacidad de los responsables de cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos (art. 4) y la capacidad de los titulares de derechos de reivindicarlos, guiados en todo momento por el derecho a la no discriminación (art. 2), la consideración del interés superior del niño (art. 3, párr. 1), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el respeto de las opiniones del niño (art. 12). Asimismo, los niños tienen derecho a ser orientados y guiados en el ejercicio de sus derechos por sus cuidadores, sus padres y los miembros de la comunidad, de modo acorde con la evolución de sus facultades (art. 5)⁷⁸.

Junto a eso, lo describe como un *“enfoque holístico que hace hincapié en el apoyo a los puntos fuertes y los recursos del propio niño y de todos los sistemas sociales que forma parte: la familia, la escuela, la comunidad, las instituciones, y los sistemas religiosos y culturales”*⁷⁹.

Por su parte, en la **Observación General N° 21, dedicada a los niños, niñas y adolescentes en situación de calle**, el Comité de los Derechos del Niño describe los enfoques que existen respecto de este grupo —que se pueden extender respecto de la

⁷⁶ Aláez, Benito (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 21-22.

⁷⁷ O' Mahony, Conor (2019). “Constitutional protection of children’s rights: Visibility, agency and enforceability”, *Human Rights Law Review*, 19, pp. 1 y 4.

⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño (2011). *Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, párr. 59.

⁷⁹ Comité de los Derechos del Niño (2011). *Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, párr. 59.

niñez y la adolescencia en general, y especialmente de aquellos en mayor situación de vulnerabilidad—, uno de ellos, el asistencial y el represivo, y el otro, un enfoque basado en derechos de la niñez y adolescencia.

Indica que, por un lado, existe un **enfoque asistencial** que percibe al niño, niña o adolescente en situación de calle como víctima y busca “rescatarlo”. Además, lo concibe como objeto de protección, de manera que las decisiones que le conciernen se adoptan sin tomar en consideración seriamente sus opiniones. Por otro lado, es posible asumir un **enfoque represivo**, que lo percibe como delincuente, es decir, como una amenaza para la sociedad. Ambos enfoques coinciden en no considerarlo como sujeto titular de derechos y toman medidas que, incluso, pueden vulnerar más sus derechos como, en ese caso, expulsarlos a la fuerza de la calle⁸⁰. **En tanto, un enfoque basado en los derechos del niño, niña o adolescente, lo respeta y toma decisiones conjuntamente con él.**

Para garantizar que este último enfoque se encuentre presente, no basta con asegurar que la medida determinada sea acorde con su interés superior⁸¹. Haciendo suyo el planteamiento de Unicef⁸², el Comité de los Derechos del Niño⁸³ aclara que un enfoque de derechos del niño, niña o adolescente es aquel que:

- a) Promueve la efectividad de los derechos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos;
- b) Aplica normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a los derechos de los niños, niñas o adolescentes para orientar el comportamiento, las acciones, las políticas y los programas; y
- c) Fomenta la capacidad del niño, niña o adolescente como titular de derechos para reclamarlos, así como la capacidad de los garantes de sus derechos para cumplir con sus obligaciones.

De esta forma, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Comité de los Derechos del Niño, **la Constitución, si adopta el enfoque de derechos, debe concebir al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos y procurarle un trato jurídico acorde con estos derechos, especialmente asegurando la posibilidad de ejercerlos y reclamarlos.**

Una aplicación específica de un enfoque de derechos de la niñez en los textos constitucionales la podemos encontrar en el ya citado autor O’Mahony. Este autor intenta proveer de una tipología que puede ser usada en cualquier Constitución para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en línea con la Convención sobre los Derechos del Niño, en torno a tres criterios interrelacionados: **visibilidad**,

⁸⁰ Comité de los Derechos del Niño (2017). *Observación general N° 21 sobre los niños en situación de calle*, párr. 5.

⁸¹ Comité de los Derechos del Niño (2017). *Observación general N° 21 sobre los niños en situación de calle*, párr. 5.

⁸² UNICEF (2014). *Child Rights Education Toolkit: Rooting Child Rights in Early Childhood Education, Primary and Secondary Schools*, Ginebra, p. 21. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/77146/file/UNICEF-CRE-Toolkit-with-appendices.pdf>

⁸³ Comité de los Derechos del Niño (2017). *Observación general N° 21 sobre los niños en situación de calle*, párr. 11.



agencia y exigibilidad, los que a su vez admiten gamas de cumplimiento en las cuales se pueden enmarcar las constituciones que se analicen⁸⁴.

El primer criterio que plantea O'Mahony, de la **visibilidad**, analiza qué tan visibilizados están los niños, niñas y adolescentes en la Constitución. Su respuesta se puede situar en un margen que va desde absolutamente invisibles, a constituciones que cuentan con varias disposiciones específicas a su respecto, que les reconocen derechos y detallan las obligaciones que recaen sobre el Estados para la protección de estos. Entre medio, es posible encontrar textos que les reconocen solo uno o pocos derechos, así como aquellas que solo los contemplan bajo el alero de disposiciones y garantías generales en lugar de específicas⁸⁵.

El criterio de la **agencia**, a diferencia del criterio de la visibilidad, se pregunta no sobre la protección constitucional de los derechos, sino sobre la forma en que esta protección se contempla. Este va desde respuestas enteramente paternalistas, que conciben a los niños, niñas y adolescentes meramente como objetos de necesidades y asistencia. Entre aquellas, podemos encontrar constituciones que no incluyan a este grupo en la Constitución (es decir, que estén en la base inferior del margen del criterio de la visibilidad), así como otras que los incluyan, aun estableciendo disposiciones específicas, pero con altos grados de paternalismo⁸⁶. Indica O'Mahony que las disposiciones constitucionales paternalistas *"son aquellas que conceptualizan a los niños, niñas y adolescentes solamente en términos de su vulnerabilidad y necesidad de protección, sin ninguna consideración a su capacidad de ser sujetos titulares de derechos autónomos"*⁸⁷.

En el otro extremo del segundo criterio encontramos a las constituciones que se centran en un enfoque de derechos del niño, niña o adolescente definiéndolo, a partir de lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 13. Esto no quiere decir que no puedan existir referencias a su protección, sino que esta protección debe partir y fundamentarse en su condición de sujetos de derechos. Dado el contenido del enfoque, que subraya la capacidad para ejercerlos, la existencia de derechos de participación es uno de los puntos cruciales en este criterio⁸⁸.

Por último, el tercer criterio que propone O'Mahony, el de la **exigibilidad**, va desde la completa inexigibilidad hasta la provisión de fuertes remedios judiciales, pasando entremedio por mecanismos administrativos (como la figura del *ombudsperson* de la niñez). Este criterio es especialmente complejo, teniendo en cuenta que en una misma Constitución puede haber derechos fundamentales que son más o menos exigibles que otros, como pasa con los derechos sociales, que suelen tener menos garantías que los

⁸⁴ O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19, pp. 1 y 4.

⁸⁵ O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19, pp. 6, 10 y 14.

⁸⁶ O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19, pp. 17-18.

⁸⁷ O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19, p. 18 (traducción libre).

⁸⁸ O' Mahony, Conor (2019). "Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability", *Human Rights Law Review*, 19, pp. 17 y 21.

individuales y políticos; así como el valor que se le da al derecho internacional en el derecho nacional⁸⁹.

Todos los criterios mencionados cumplen un papel importante puesto que, en conjunto y cada uno desde distintas perspectivas, permiten determinar si una Constitución adopta o no un enfoque de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

4.4. Limitaciones del reconocimiento constitucional de los niños, niñas y adolescentes

El reconocimiento constitucional tiene limitaciones, dentro de las principales se da cuenta de aquellas que dicen relación con el tránsito desde el reconocimiento a la práctica real de la protección. En este sentido, O'Mahony señala que el hecho de que una Constitución se encuentre bien posicionada en los parámetros descritos anteriormente no quiere decir que, en la práctica, exista una protección efectiva de sus derechos. Por lo demás, *“el potencial de las prescripciones constitucionales no puede ser realizado si no va acompañado de un cambio cultural en los actores políticos y jurídicos, de manera de que se comprometan a defender y hacer cumplir las disposiciones y decisiones relativas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes”*⁹⁰.

El sociólogo Francisco Pilotti, advierte también que lo reconocido en la Constitución muchas veces encuentra dificultades prácticas en las sociedades concretas en que se aplican. Menciona que, dado que muchas de las disposiciones que reconocen y protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes se fundamentan en políticas sociales universales, las condiciones políticas y económicas del país a menudo significan un obstáculo en su implementación. Por ejemplo, esto puede ocurrir cuando, sobre todo en países en desarrollo, hay un desfase entre el proceso de expansión de la autoridad del Estado —a través del reconocimiento de derechos que exigen mayor intervención estatal— y el fortalecimiento de su poder organizativo, es decir, las acciones que el Estado efectivamente pueda llevar a cabo según sus condiciones⁹¹.

De esta forma, **la inclusión constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, aun cuando sea conforme a un enfoque de derechos, es solo un paso que, aunque valioso, debe ir también acompañado de las condiciones jurídicas, sociales y políticas para su ejecución efectiva.**

En definitiva, hay que tener en claro que el fortalecimiento de los derechos fundamentales y de los mecanismos de garantía necesarios para su protección *“no convierten automáticamente a las nuevas constituciones en un arma de defensa para los*

⁸⁹ O' Mahony, Conor (2019). “Constitutional protection of children’s rights: Visibility, agency and enforceability”, *Human Rights Law Review*, 19, pp. 23.

⁹⁰ O' Mahony, Conor (2019). “Constitutional protection of children’s rights: Visibility, agency and enforceability”, *Human Rights Law Review*, 19, pp. 31 (traducción libre).

⁹¹ Pilotti, Francisco (2001). *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, División de Desarrollo Social, CEPAL, Santiago de Chile, p. 22.



*más débiles*⁹², pues es frecuente que persistan grandes brechas entre el texto constitucional y la realidad.

5. Metodología del estudio

Este estudio tuvo como **objetivo general** identificar elementos sociojurídicos relativos a la incorporación del enfoque de derechos de la niñez y adolescencia en la Constitución Política, a través de la recopilación de antecedentes a nivel nacional e internacional sobre estas materias, para contribuir a la elaboración de una propuesta desde la Defensoría de la Niñez al proceso constituyente del país.

Objetivos específicos:

1. Revisar la experiencia internacional en relación con la incorporación y aplicación de normas constitucionales relativas a los derechos de niñez y adolescencia.
2. Identificar convergencias y divergencias en las posiciones, perspectivas u opiniones de expertas y expertos en diversas materias requeridas del debate constitucional sobre los derechos de niñez y adolescencia en el ámbito chileno.
3. Elaborar recomendaciones de la Defensoría de la Niñez en materia constitucional relativas a la niñez y adolescencia, desde un enfoque de derechos, para la elaboración de una nueva Carta Política en el marco de la Convención Constitucional.

Para abordar estos objetivos, la perspectiva metodológica del estudio se enmarcó en un enfoque cualitativo, así, los antecedentes nacionales e internacionales se recopilaron con base en el relato recabado en las entrevistas a actores claves en la materia. Lo anterior permitió aproximarse a las convergencias y divergencias que expresaron 47 expertas y expertos desde distintas experiencias en materia de derechos de niñez y adolescencia, derecho constitucional, democracia y participación, entre otras, y provenientes de diversas disciplinas, como el derecho, la psicología, ciencias políticas, entre otras. De esta manera, se abordaron ámbitos como la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, la incorporación de normativa de niñez y adolescencia en la Carta Fundamental y su implementación desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia.

Este enfoque de la investigación otorgó flexibilidad al proceso, lo que permitió adecuarse a los aspectos o dimensiones que surgieron en el desarrollo de la investigación. Así, se privilegió la perspectiva *emic*, que observa los fenómenos desde el punto de vista de los

⁹² Nash, Claudio (director) (2020). *Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada*, Konrad Adenauer Stiftung, prólogo de Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler, p. 6.

agentes involucrados, para conocer y comprender sus opiniones, sus fundamentos y eventuales coincidencias o controversias respecto a las dimensiones de interés⁹³.

Respecto de las consideraciones éticas contempladas, en este estudio se protegieron los derechos, privacidad y bienestar de las personas involucradas, tomando en consideración todos los aspectos éticos de la investigación con seres humanos.

En contexto del estudio y sus resultados, se garantiza la absoluta confidencialidad y anonimato de las y los participantes, mediante la eliminación de sus nombres y demás datos de identificación, resguardando de este modo los derechos contemplados por la Ley N° 19.628, sobre de Protección de la Vida Privada.

Paralelamente, se elaboró y aplicó un consentimiento informado para las y los expertos entrevistados, por medio del cual se les entregó información sobre el estudio y confidencialidad de los datos, anonimato de la participación y medidas de resguardo de la información proporcionada⁹⁴.

5.1. Diseño y análisis de información

Considerando el carácter exploratorio del estudio, se aplicaron entrevistas semiestructuradas, que permitieron indagar diversas dimensiones propuestas⁹⁵, que se detallarán más adelante. Para ello, se elaboraron dos pautas de preguntas diferenciadas que se aplicaron de manera flexible.

Las entrevistas se desarrollaron en modalidad remota, considerando el contexto de pandemia por Covid-19, y debido a que parte importante de las y los expertos se encontraban fuera del territorio nacional⁹⁶.

Además, las entrevistas fueron transcritas y su resultado se sometió a un análisis de contenido temático *“técnica aplicable a la reelaboración y reducción de datos, que se beneficia del enfoque emergente propio de la investigación cualitativa”*⁹⁷. Específicamente, se utilizó la técnica de análisis del tipo deductivo, que permitió indagar sobre la participación de niñez y adolescencia, el reconocimiento y derechos de niños, niñas y adolescentes; pero también se dejó espacio para identificar ejes relevantes que emergieron de las entrevistas analizadas.

⁹³ Buss, López, Rutz, Coelho et al, (2013), Grupo focal: una técnica de recogida de datos en investigaciones cualitativas, Index de Enfermería, 22 (1), 75-78, pp. 75-76. Disponible: <https://dx.doi.org/10.4321/S1132-12962013000100016>.

⁹⁴ Ver Anexo N°1: *Consentimiento informado para entrevistas, versiones en español e inglés*.

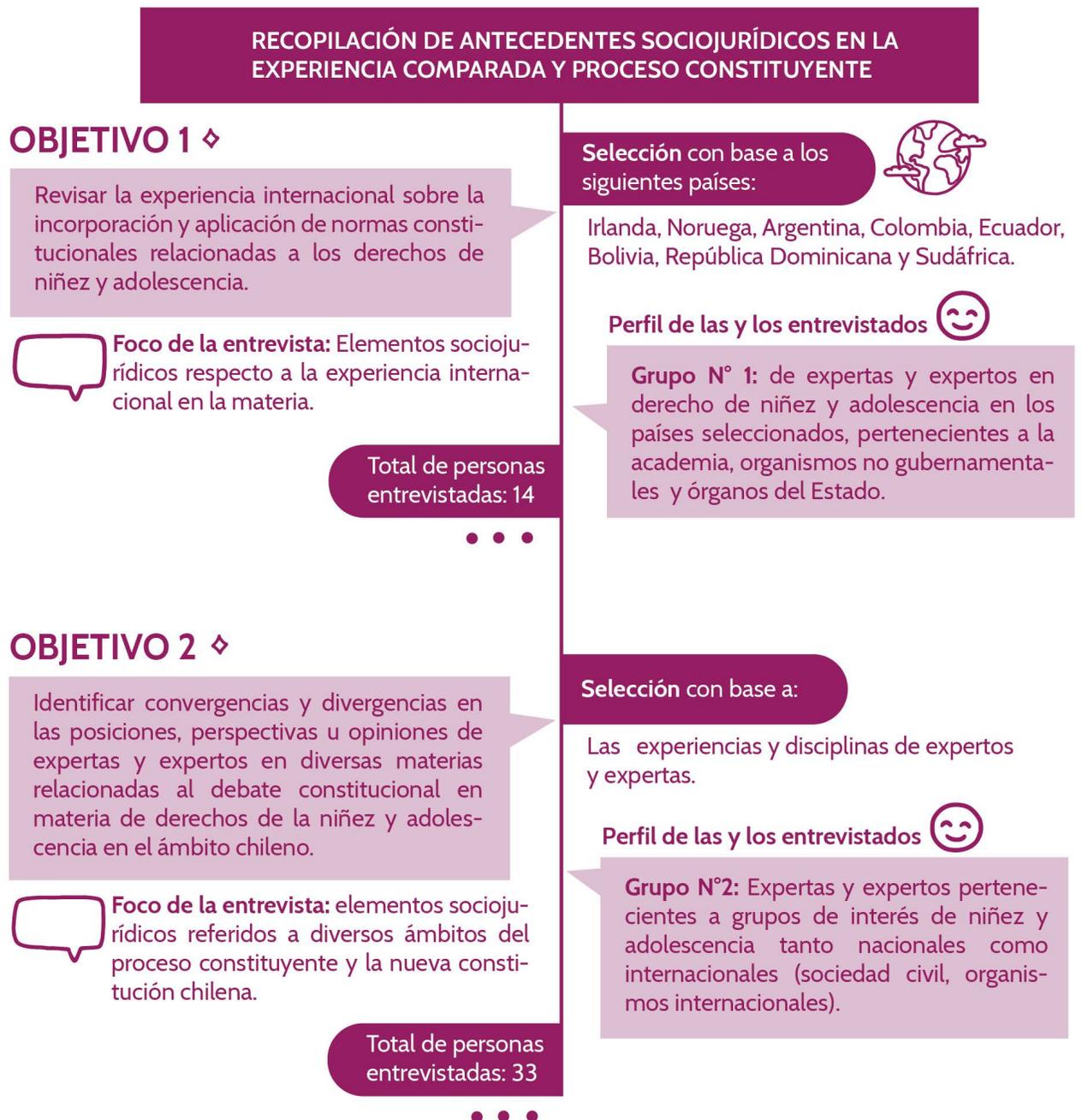
⁹⁵ Bryman, Alan (2012). Social Research Methods. Oxford: Oxford University Press. p. 471.

⁹⁶ Las entrevistas tuvieron una duración de una hora y veinte minutos aproximadamente. En el caso de las y los expertos angloparlantes se dispuso de un traductor inglés-español.

⁹⁷ Cáceres, P. (2003). Análisis cualitativo de contenido: una alternativa metodológica alcanzable. Revista de la escuela de psicología facultad de filosofía y educación Pontificia Universidad Católica de Valparaíso vol. II, pp. 53 – 82, p.57.



Figura N° 3: Tabla Operacionalización de los objetivos específicos del estudio



ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS SOCIOJURÍDICOS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA

Objetivo 3 ♦

Elaborar recomendaciones de la Defensoría de la Niñez en materia constitucional relativas a la niñez y adolescencia desde un enfoque de derechos para incidir en la elaboración de una nueva Carta Política en el marco de la Convención Constitucional.

Análisis

Sistematizar los principales elementos sociojurídicos identificados en las opiniones de las y los expertos que se deben considerar en una constitución política desde un enfoque de derechos de niñez y adolescencia.



Fuente: elaboración propia.

De acuerdo a la operacionalización de los objetivos específicos del estudio, se requirió la definición de dos muestras con sus respectivas dimensiones de análisis, que corresponden a la expertos/as sobre experiencia internacional y expertos/as que abordan el proceso constituyente chileno.

5.1.1. Dimensiones de análisis y selección de la muestra sobre experiencia internacional

Para alcanzar el **objetivo N°1 se abordaron las siguientes dimensiones**⁹⁸:

- Experiencias de discusiones previas a los procesos constituyentes o reformas constitucionales relativas a temáticas de niñez y adolescencia.
- La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos constituyentes o reformas constitucionales.
- Cláusulas relativas a niñez y adolescencia que se establecieron en los textos constitucionales; indagar en aquellas que no se recogieron y los motivos de ello.
- Normas constitucionales que, si bien no se relacionan directamente con derechos de niñez y adolescencia, inciden en esta población.
- Normas relativas a la participación de los niños, niñas y adolescentes.
- Aplicación u operacionalización de las normas constitucionales relativas a la niñez y adolescencia en leyes, reglamentos, jurisprudencia, políticas públicas, entre otros ámbitos relevantes.
- Derechos o normas relativas a la niñez y adolescencia que, al no ser recogidos en la Constitución, habrían generado afectación para los niños, niñas o adolescentes y/o sus familias.

⁹⁸ Anexo N°2. Ver *Pautas de entrevistas semiestructuradas a actores claves de casos internacionales, en español y traducida al inglés.*



Las entrevistas fueron aplicadas de manera diferenciada, de acuerdo con la experiencia y particularidades de cada país seleccionado, profundizando en aquellos aspectos característicos o específicos de cada contexto. Se realizaron entre los meses de agosto y octubre de 2021.

Selección de la muestra de expertas y expertos sobre experiencia internacional

Se trabajó con una muestra intencionada de países que tienen constituciones con normas relativas a niñez y adolescencia, o que incorporaron fórmulas en que se constitucionalizó la Convención de los Derechos del Niño.

Se propuso entrevistar a 2 expertos/as por país, con los siguientes perfiles:

- Especialista en derecho internacional de derechos humanos, con estudios en experiencia comparada sobre normas constitucionales relativas a niñez y adolescencia.
- Especialista, preferentemente, de las ciencias sociales que pudieran dar cuenta de situación de la niñez y adolescencia en el país seleccionado.
- Profesionales de órganos gubernamentales o de instituciones nacionales o internacionales de derechos humanos, especializados en niñez y adolescencia.

En total participaron 14 expertas y expertos de 8 países.

Los países seleccionados para el análisis de experiencia internacional son 8, 4 de América latina, 1 de Centroamérica, 2 de Europa y 1 de África. En Irlanda, Noruega y Sudáfrica solo participaron expertas y expertos de la academia, en Colombia solo funcionarios del Estado y en Bolivia solo un ex funcionario del Estado. Por su parte, en Argentina y Ecuador, participaron académicos, ex funcionarios/as del Estado y miembros de organismos gubernamentales. República Dominicana es el único país en que participa una experta de un organismo internacional de derechos humanos.

A continuación, se hacen explícitos los criterios de selección de los casos (países y sus expertas y expertos) y algunas consideraciones:

Criterios de selección de casos (países y sus expertas y expertos)

- Países mencionados por expertos y expertas⁹⁹ debido a su relevancia en cuanto a la incorporación de los derechos de niñez y adolescencia en la constitución, realizada por medio de una reforma y/o promulgación (Ver Figura N°4).
- Países cuyas constituciones hayan sido antecedidas por un proceso constituyente¹⁰⁰, es decir, que se promulgó una nueva constitución y no

⁹⁹ Bassa, Jaime (2018). Reconocimiento constitucional de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=132225&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>; Unicef (2017) Constitución política e infancia Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Disponible en: https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf; Lovera, Domingo; Bassa, Jaime (2016); Estudio “La participación incidental de niñas, niños y adolescentes en políticas públicas y el reconocimiento constitucional de sus derechos”.

únicamente una reforma. Este criterio busca incorporar experiencias similares a la chilena, con el propósito de observar tanto la discusión de normas constitucionales relativas a derechos de los niños, niñas y adolescentes como a las formas efectivas en que se incorporaron estos derechos en los textos constitucionales.

Figura N° 4: Tabla de países seleccionados

País	Continente	Mecanismo de incorporación de derechos de NNA	Año
Irlanda	Europa	Reforma	2012
Noruega	Europa	Reforma	2014
Argentina	América del Sur	Reforma	1994
Colombia	América del Sur	Promulgación	1991
Ecuador	América del Sur	Promulgación	2008
Bolivia	América del Sur	Promulgación	2009
República Dominicana	América Central	Promulgación	2015
Sudáfrica	África	Promulgación	1996

Fuente: elaboración propia.

Consideraciones sobre la selección de los países:

- Estos criterios no se aplicaron de forma copulativa.
- La selección de países no tuvo como objetivo ser representativa en cuanto a los diversos modelos de constituciones en relación con el reconocimiento de derechos de la niñez y adolescencia que existen en el mundo, sino que pretende explorar el marco constitucional de estos, a partir de opiniones de expertas y expertos sobre la materia, para la identificación de ciertos elementos sociojurídicos relevantes desde un enfoque de derechos humanos.

Consideraciones sobre la selección de las y los expertos:

¹⁰⁰ Proceso constituyente: considerado de manera amplia, “entendiéndolo como el conjunto de actos que conducen a la creación de una nueva Constitución” PNUD (2015), Mecanismos de cambio constitucional en el mundo: Análisis desde la experiencia comparada, p.8.



- Dos de las y los expertos son ex miembros del Comité de los Derechos del Niño, no obstante, con el objetivo de resguardar su anonimidad no se asociará al país ni al experto en específico.
- En los casos de Bolivia y República Dominicana, pese a los esfuerzos realizados, solo se pudo entrevistar a un experto en cada caso.

5.1.2. Dimensiones de análisis y selección de la muestra sobre proceso constituyente

Para alcanzar el **objetivo N°2**, se realizaron entrevistas¹⁰¹ cuyo propósito fue identificar los elementos en convergencia y/o divergencia de las opiniones expertas sobre el proceso constituyente chileno.

Las principales dimensiones que se indagaron fueron las siguientes:

- Participación social y política de los niños, niñas y adolescentes (del proceso constituyente).
- Mecanismos de participación de los niños, niñas y adolescentes (del proceso constituyente).
- Reconocimiento y concepción de la niñez y la adolescencia y su relación con el Estado, la familia y la sociedad en la Constitución.
- Principios relativos a la niñez y adolescencia en la Constitución y su valoración.
- Derechos y garantías de niñez y adolescencia en la Constitución y su valoración (con énfasis en el derecho a la participación).
- Rol de los órganos del Estado para garantizar la participación de los niños, niñas y adolescentes.
- Identificar la institucionalidad de niñez y adolescencia en la Constitución (Defensoría de la Niñez).
- Implementación de derechos por medio de leyes, reglamentos y políticas públicas sobre niñez y adolescencia en Chile.

Selección de la muestra de expertas y expertos sobre proceso constituyente

Las entrevistas se ejecutaron entre los meses de julio y septiembre de 2021. Para la construcción de la muestra, se consideraron los siguientes criterios:

- Grupos de interés en niñez y adolescencia (academia, organismos no gubernamentales nacionales, con excepción de órganos del Estado).
- Interdisciplinariedad.
- Conocimientos y/o experiencia en temáticas de participación, derecho constitucional, derechos humanos y políticas públicas relativos a niñez y adolescencia.

¹⁰¹ Anexo N°2 Ver Pautas de entrevistas semiestructuradas a expertos/as sobre proceso constituyente.

- Experiencia de al menos diez años en la temática de estudio en caso de los académicos¹⁰².
- Variables de territorialidad y paridad.

Es importante mencionar que la muestra pretende lograr una representatividad de los grupos de interés en un sentido cualitativo, es decir, tiene el propósito de conocer diferentes perspectivas y experiencias sobre la materia, sin embargo, no pretende lograr representatividad estadística. Respecto al ámbito académico, la muestra fue integrada por un número importante de abogadas y abogados, esto porque ciertas materias, tales como de derecho constitucional y derechos humanos relativas al objeto del proyecto se encuentran mayormente vinculados a esta disciplina. Por último, las y los participantes en su mayoría pertenecen al ámbito nacional, sin embargo, hay un porcentaje de expertos y expertas internacionales.

6. Resultados del estudio

Tras analizar los datos producidos, la presentación de los resultados se organizó en dos partes. En la primera, se analizan de forma descriptiva las experiencias internacionales sobre el proceso constituyente o proceso de reforma constitucional de cada país. Esto abarcó las distintas dimensiones, tales como la normativa constitucional de niñez y adolescencia y su implementación, permitiendo identificar elementos relevantes desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia a partir de la valoración de la normativa incorporada en las constituciones respectivas, sus particularidades y similitudes, en miras al proceso constituyente chileno. En una segunda parte, se exponen los resultados de la indagación relativas al proceso constituyente chileno, destacando convergencias y divergencias de la opinión experta tanto nacional como internacional.

¹⁰² Solo en un caso se incluyó a un académico que si bien su incorporación es más reciente en el campo de estudio (menos de cinco años), pertenece a una región distinta a la Metropolitana y se encontraba a cargo de una actividad regional sobre el proceso constituyente.



6.1. Análisis descriptivo de las experiencias internacionales

Las dimensiones abordadas¹⁰³ fueron las siguientes:

- Contexto sociopolítico en la incorporación de normas sobre niñez y adolescencia en la Constitución.
- Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso de promulgación o reforma constitucional.
- Reconocimiento y derechos de niñez y adolescencia en la experiencia internacional.
- Mecanismos de exigibilidad de los derechos de la niñez y adolescencia.
- Institucionalidad de niñez y adolescencia en la experiencia internacional.
- Brechas en derechos de la niñez y adolescencia en la experiencia internacional.

Es importante señalar que si bien cada constitución presenta características distintivas que se relacionan con su contexto social y político, también es posible observar elementos transversales y que son importantes de relevar desde un enfoque de derechos humanos.

En esta parte se ofrece un panorama comparativo de dichos países en relación a las dimensiones mencionadas, profundizando sobre el contexto de la incorporación de las normas de niñez y adolescencia, los derechos y principios más relevantes en estas materias en el texto constitucional, la institucionalidad relacionada con este grupo, la implementación de sus derechos y las brechas en el ámbito de los derechos de la niñez y adolescencia.

6.1.1. Contexto sociopolítico en la incorporación de normas sobre niñez y adolescencia en la Constitución

En este ámbito se aborda la situación social y política en la que se promulgó o reformó la Constitución para incorporar las normas relativas a la niñez y adolescencia relevados por las y los expertos. Asimismo, se destacan ciertos elementos transversales a dichos contextos respecto a la situación de los niños, niñas y adolescentes, que forman parte de los grupos mayormente afectados en situaciones de crisis políticas, sociales y en situaciones de violencia generalizada y sistemática.

En los **casos de los países en los cuales se promulgó una nueva constitución**, la opinión experta destaca elementos relacionados con el período de transición que incidieron en la incorporación de normas relativas a la niñez y adolescencia. Por ejemplo, **en el caso de la Constitución de Sudáfrica**, este grupo de la población había estado sometido a violencia

¹⁰³ En el anexo N°3 del estudio se encuentran las tablas de sistematización de la información de la experiencia internacional complementada con revisión del texto constitucional de cada país.

de diverso tipo en el contexto de la segregación racial que imperaba durante el Apartheid. Tras la liberación de Nelson Mandela, y con la presencia del partido del Congreso Nacional, se comenzaron a hacer alianzas con organismos no gubernamentales que trabajaban con niños, niñas y adolescentes, relevando la importancia del reconocimiento de sus derechos humanos (por ejemplo, detenidos sin juicio previo, víctimas de violencia, entre otras situaciones de vulneración). En este sentido, el momento político fue propicio para esta incorporación, por tanto, no hubo resistencias importantes.

En cuanto a la promulgación de la **Constitución de Colombia**, también ocurre un proceso de transición, donde estaba presente la violencia entre distintos sectores de la sociedad, el aumento del narcotráfico y altas tasas de victimización de niños, niñas y adolescentes.



Experta de Colombia

Fue un proceso que demandó mucha atención de parte de la ciudadanía y de los jóvenes y se intentaba pues cambiar la Constitución de 1886, que era una Constitución mucho más conservadora y no tenía idea de derechos humanos y de su justiciabilidad. Esta idea del Estado social de derecho que te da la Constitución del 91 no existía entonces.

Es por ello que se visualizó la importancia de la protección constitucional de este grupo específico. En la Constitución del año 1991, lo que se hizo fue acoger los avances que se habían realizado a nivel legislativo ya que, en 1989, se promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño y posteriormente se formó un Comité y una mesa de expertas y expertos para la revisión del marco legislativo colombiano, de acuerdo con ella, por tanto, la incorporación de principios y derechos de este grupo fue el siguiente paso.

El caso de Ecuador es distinto, pues la Constitución anterior, de 1998, ya había reconocido los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como el establecimiento de una institucionalidad especializada para este grupo. El contexto de promulgación de la Constitución de Ecuador, en el 2008, se caracterizó por la polarización de las fuerzas políticas y una amplia participación ciudadana. En temas de niñez y adolescencia, si bien se mantuvo el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes en el texto constitucional, se eliminó la institucionalidad especializada en la materia, con consecuencias negativas para el ejercicio de sus derechos. Actualmente las y los expertos entrevistados conciben esta eliminación como un retroceso importante en esta materia.

En el **proceso constituyente de Bolivia**, los derechos de la niñez y adolescencia se consideran también como de fácil incorporación, puesto que, en el año 1999, se logró aprobar un Código específico que recogió parte importante de la Convención sobre los Derechos del Niño. De este modo, ya existía un avance normativo en relación a la niñez y adolescencia en el país, por tanto, la Constitución boliviana básicamente incorporó los



principios y elementos que ya estaban en la legislación nacional, donde no existían resistencias respecto a ello.

En síntesis, **en relación con los contextos de promulgación de constituciones**, se identifica un avance previo que facilitó la incorporación de los derechos de niños, niñas y adolescentes, donde hubo más consenso que resistencia a este reconocimiento.

En cuanto a las **reformas de las constituciones revisadas**, en el **caso de Noruega** surge la discusión, en el contexto del aniversario de los 200 años de la Constitución de 1814, sobre la necesidad de adoptar un capítulo sobre derechos humanos. Para ello, se constituyó una Comisión que hizo un informe sobre qué derechos deberían ser incluidos. En esta instancia se discutió la inclusión de los derechos de niños, niñas y adolescentes en una cláusula separada de esa propuesta. Rápidamente se llegó al consenso de la relevancia de esta incorporación, lo que se debió, según las y los expertos, a que los partidos políticos eran bastante homogéneos. En este proceso hubo apoyo transversal a la incorporación de estos derechos y no se observó oposición. Sin embargo, la experta señala que el cambio de paradigma en este ámbito se produjo después de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la normativa nacional, el año 2003.

En el **caso de Irlanda**, el escenario en el cual surge la discusión sobre la incorporación de los derechos de la niñez y adolescencia tiene relación con graves situaciones de vulneración de derechos en contra de esta población en particular, en manos de instituciones públicas y de la Iglesia Católica. La Constitución de 1937, que existía hasta ese momento (2012), reconocía derechos de los padres y madres y las familias, sin embargo, no hacía mención a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, invisibilizándolos. Si bien en el proceso hubo resistencia a la incorporación de sus derechos, especialmente por parte de un sector más conservador ligado a la iglesia, la balanza se inclinó por su reconocimiento.

Por su parte **en Argentina**, la reforma constitucional se dio en un contexto en que se incorporaron los derechos humanos y sus instituciones, y se confirió rango constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien la dictadura militar finalizó en 1983, entre los años 84 y 89 el país implementó una legislación muy progresista, por tanto, en 1994, Argentina ya estaba preparada para hacer reformas a su Constitución, abarcando más allá del ámbito de la niñez y adolescencia. En este sentido, no hubo resistencias específicas relativas a la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En los casos de **reforma constitucional**, se advierte un proceso paulatino en el avance del reconocimiento y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, en contextos sociales y políticos menos convulsionados que los anteriormente revisados.

6.1.2. Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso de promulgación o reforma constitucional

En cuanto a la participación de niños, niñas y adolescentes, en este apartado se hace referencia al ámbito de la incidencia de su participación, entendida como aquella que se desarrolló en el proceso y a la eventual incorporación de normas relativas a este grupo. En relación a esto último, **el Comité de los Derechos del Niño plantea que una participación efectiva y genuina requiere comprenderla como un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado**¹⁰⁴. Así también se establece que una **participación significativa** debe cumplir algunos requisitos: ser **relevante, apropiada y sujeta a rendición de cuentas**.

De esta manera, la participación de niños, niñas y adolescentes será relevante dependiendo del grado en que sean consideradas sus opiniones en la adopción de las medidas bajo discusión, y será apropiada, cuando los espacios de participación que el Estado debe poner a su disposición sean adecuados (en cuanto al personal, espacios y procedimientos) para su intervención efectiva. Por último, debe existir una rendición de cuentas, que hace referencia a una retroalimentación o devolución que permita hacer un seguimiento y evaluación de la participación de niños, niñas y adolescentes.¹⁰⁵

En la experiencia internacional, de forma generalizada, no se observa una participación incidente de los niños, niñas y adolescentes. Lo que más se acerca, de acuerdo a la experiencia relatada por una de las expertas, es el **proceso constituyente de Ecuador**, sin embargo, no se cuenta con una sistematización oficial de las instancias de participación de niñez y adolescencia en este proceso.



Experta de Ecuador

Son niños y niñas que estaban vinculados a distintas organizaciones de defensa de los derechos de la niñez. En ese momento existía lo que se llamaba el foro de la niñez y que era una instancia de coordinación de las coaliciones, un poco de coordinación de todas las personas que trabajan en la defensa de los derechos de los niños y que también trabajan con organizaciones de niños. También me acuerdo que había en ese tiempo programas del muchacho trabajador, había chicos trabajadores que también estaban organizados.

Si bien se reconoce la importancia de la participación de los niños, niñas y adolescentes desde el Código de la Niñez (2003), se plantea que este movimiento ha estado organizando desde las y los adultos. Actualmente se menciona la existencia de una red nacional de los derechos de niñez y adolescencias, dirigidos por las y los propios adolescentes, donde existe mayor protagonismo, y cuentan con el apoyo de asesores adultos.

¹⁰⁴ Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, p. 133.

¹⁰⁵ Bassa, Jorge y Lovera, Domingo (2016). Estudio “La participación incidente de niñas, niños y adolescentes en políticas públicas y el reconocimiento constitucional de sus derechos”. Disponible en: <file:///C:/Users/oriel/Downloads/Participacion%20incidente%20de%20NNA.pdf>.



La **experta de Sudáfrica** manifiesta que hubo participación de niñez y adolescencia en la lucha contra el *apartheid*, sin embargo, no participaron de manera formal en la redacción de la Constitución. Sin embargo, y posterior a ello, durante la formulación de la ley de niñez y adolescencia existió participación consultiva de este grupo. Al respecto, la experta lamenta que no se aplicaron metodologías pertinentes y acorde a las características de este grupo.



Experta de Sudáfrica

(...) estaban y habían sido protagonistas de la revuelta de Soweto, es decir, en la lucha los niños si participaron y (...) recién se jubiló el jefe de la policía me parece que estuvo arrestado a los 13 por participar de esa revuelta. Entonces, no participaron en la redacción de la Constitución, pero fueron reconocidos por su papel en los 40 años de activismo anti apartheid. En la ley de niñez y también en la ley juvenil hubo consultas con niños, y yo fui una de las elaboradoras de las leyes (traducido del inglés).

En síntesis, en la mayoría de las experiencias de procesos o reformas constitucionales revisadas no existió participación incidente de niños, niñas y adolescentes. Incluso, algunas expertas y expertos señalan que la participación fue de carácter simbólica y que, en determinados casos, no existió ningún tipo de participación. Su ausencia es percibida como un problema e incluso como un elemento contradictorio en relación con los procesos constituyentes que se desarrollaron en cada país y que consideraban, como uno de sus propósitos, la incorporación de normas constitucionales relativas a niños, niñas y adolescentes. Paralelamente, hay que destacar que, en los casos de las constituciones revisadas, la mayoría no incluía normas de participación para esta población.

Así, la opinión experta, destaca esta situación como una falencia pues resulta contraria a concretar su reconocimiento como sujetos de derechos, al desconocer su agencia. La presencia de este criterio es fundamental, desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, en coherencia con la Convención sobre los Derechos del Niño, según lo plantea O'Mahony.

6.1.3. Reconocimiento y derechos de niñez y adolescencia en la experiencia internacional.

En este apartado se abordará la forma de reconocimiento de este grupo y el contenido de las normas de niñez y adolescencia que se incorporaron producto de la promulgación o reforma constitucional en cada país, según sea el caso. Especialmente, se abordará

cómo se conciben los niños, niñas y adolescentes en el texto constitucional y las normas sobre principios y/o derechos relativos a este grupo que se establecen en dicho texto.

En este marco es importante mencionar los casos de países en que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se incorporaron en un marco constitucional preexistente, tales como Argentina (1994), Noruega (2016) e Irlanda (2019), de aquellos países que se incluyeron en contexto de un nuevo acuerdo constitucional, como son el caso de Colombia (1991), Sudáfrica (1996), Ecuador (2008)¹⁰⁶, Bolivia (2009) y República Dominicana (2015). Lo anterior es relevante porque, en los primeros casos, existe una continuidad, un proceso paulatino en la incorporación de esta normativa y, en los demás, se advierte un quiebre institucional que culmina con una nueva constitución.

Por ejemplo, en el **caso de Noruega**, se promulgó la Ley de Derechos Humanos en 2003, en ella se integra la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que tuvo un fuerte impacto en su legislación interna. En virtud de ello, la Convención es directamente aplicable en el derecho interno y tiene preeminencia si existe conflicto normativo con una norma del derecho noruego. A partir de esta incorporación se fue desarrollando una atención gradual hacia los derechos de niños, niñas y adolescentes, especialmente hacia la expresión de sus opiniones, su interés superior, derecho a la participación, entre otros. Respecto a esto, la experta añade que la participación de los niños, niñas y adolescentes es esencial en su cuidado y en reforzar su concepción como sujetos de derecho. La constitucionalización de algunos de estos derechos, el año 2014, fue la culminación de un proceso, sin embargo, quedaron fuera el derecho a la participación y de no discriminación. En el **caso de Irlanda**, se incorporan algunos derechos de los niños, niñas y adolescentes, en un texto constitucional donde ya se reconocían derechos relacionados a la familia, desde una visión conservadora y paternalista, según menciona la opinión experta. Con la inclusión de los derechos de niñez y adolescencia se pretendía visibilizar los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encontraban subordinados a los de padres, madres y la familia en general.

En el discurso de las y los expertos se advierte consenso en el **reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, no solo de aquellos específicos relacionados a su condición etaria, sino que también se considera relevante explicitar su titularidad de aquellos derechos reconocidos en la constitución a toda persona**. No obstante, es importante mencionar que existen países donde no se reconoce explícitamente su titularidad en la norma constitucional. Este es el caso de Irlanda, Noruega y Sudáfrica, en los primeros dos países mencionados, según se señala, no se consideró relevante hacerlo dado que, en estas sociedades y culturas su titularidad no se cuestiona, al menos no en el ámbito formal. Sin embargo, una de las expertas de Sudáfrica señala que, en la Constitución del país, se debería haber mencionado dicha titularidad de derechos de manera expresa y amplia, porque en la práctica han existido situaciones en las que se ha discutido su titularidad, especialmente en aquellos derechos que no se contemplan en la norma específica de derechos de niñez y adolescencia.

¹⁰⁶ En el caso de Ecuador, hay que recordar que los derechos de la niñez y adolescencia fueron incorporados por primera vez el año 1998 y luego en la Constitución de 2008 se mantuvieron con ciertas modificaciones.



En cuanto a los principios de la Convención sobre Derechos del Niño, ninguno de los países revisados los consagra todos, a saber, interés superior del niño; la no discriminación; vida, supervivencia y desarrollo integral y participación. Excepto en el caso de Argentina que, al constitucionalizar la Convención, se incorporan los principios de dicho tratado internacional. Sin embargo, la mayoría de las y los expertos considera deseable la incorporación de los principios estructurantes de la Convención a la Constitución.

6.1.3.1. Principios destacados en la experiencia internacional

Es posible dar cuenta que la mayoría de las y los expertos da especial relevancia al **principio de interés superior** como uno específico de niños, niñas y adolescentes que no puede faltar. El principio de interés superior del niño, es reconocido en la experiencia internacional examinada: Ecuador, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Noruega, Irlanda y Sudáfrica, con diferentes alcances y matices. En el caso de Argentina, al constitucionalizar la Convención sobre los Derechos del Niño en la última reforma, el principio se entiende incorporado a la normativa interna. En el caso de Irlanda se encuentra acotado a los procedimientos relativos a adopción, guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes.

Algunos expertos advierten que, si bien es un principio abstracto, en el ámbito de la litigación se permite aplicarlo en temas concretos y en aquellos relacionados a derechos sociales de niños, niñas y adolescentes que no se encuentran reconocidos en la Constitución, pero que a partir de este principio y su interpretación puede incorporarse dentro de la esfera de su protección.



Experta de Sudáfrica

Entonces, no diría que el interés superior del niño es más importante que los derechos, pero considerar el interés superior también es importante, lo que muchas veces se puede usar para rellenar estas brechas que existen, es decir, si no hay algo específico en la Constitución sobre algún derecho la noción de los mejores intereses puede reemplazarlo.

Así también, algunas constituciones incorporan **principios preferentes de actuación del Estado frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes**, por medio de distintas fórmulas.

En el caso de la **Constitución colombiana**, se establece la priorización absoluta de los derechos de este grupo, en su artículo 44 inciso tercero, dispone "*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*". Esta norma se ha interpretado de manera absoluta respecto a los derechos de otros grupos. Por su parte, tanto la **Constitución ecuatoriana como la Plurinacional de Bolivia** consignan el deber del

Estado, la familia y la sociedad, quienes deben atender el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes de manera prioritaria¹⁰⁷.



Experta de Colombia

Respecto a la cláusula constitucional colombiana que reconoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dentro de los elementos que se encuentran allí consagrados se menciona que [...] 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 [...].

Respecto al **principio de vida, supervivencia y desarrollo integral**, la mayoría de los países reconocen el **principio o el derecho al desarrollo integral**, sin mencionar los vocablos *vida* ni *supervivencia*. Específicamente, se reconoce el derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes propiamente tal en el caso de la **Constitución de Bolivia**¹⁰⁸ y **Ecuador**¹⁰⁹. En cuanto a la **Constitución de República Dominicana**, se menciona respecto al rol que le cabe al Estado, la familia y la sociedad en cuanto a la asistencia y protección al momento de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, niña y adolescente¹¹⁰. Lo mismo ocurre en el caso de la **Constitución colombiana**, que establece que el Estado, la familia y la sociedad se encuentran obligados en la asistencia y protección de la niñez y adolescencia para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos¹¹¹. De manera similar se reconoce en la **Constitución de Noruega**, donde se dispone que las autoridades del Estado crearán las

¹⁰⁷ La Constitución de Ecuador establece en su artículo 44 inciso primero "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 [...]". En tanto, en la Constitución Plurinacional de Bolivia, en el artículo 60, se establece que: "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."

La Constitución Plurinacional de Bolivia establece el interés superior del niño 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, 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".

¹⁰⁸ Constitución de Bolivia, artículo 59 N°1.

¹⁰⁹ Constitución de Ecuador, artículo 44, inciso 2°.

¹¹⁰ Constitución de República Dominicana, artículo 56 inciso 1°.

¹¹¹ Constitución colombiana, artículo 44 inciso 2°.



condiciones que permitan el desarrollo del niño (sic)¹¹². En estos tres últimos casos no se menciona como derecho, sin embargo, se enfatiza las obligaciones de protección que le corresponde a los garantes de los derechos de la niñez y la adolescencia para la realización de este proceso, especialmente al Estado.

En este sentido, es importante mencionar que el Comité de los Derechos del Niño entiende que los conceptos de salud y desarrollo están estrechamente relacionados. A su vez, existen grupos etarios que son considerados especialmente en este ámbito, tales como los y las adolescentes¹¹³ y primera infancia¹¹⁴, esto trae como contrapartida obligaciones específicas de parte de los Estados, familia y comunidad. A este respecto es ilustrador lo señalado por un experto, en relación al reconocimiento constitucional de este derecho en Ecuador:

¹¹² Constitución de Noruega, artículo 104 inciso 3°.

¹¹³ Comité de los Derechos del Niño (2016). Observación General N° 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr.15-20.

¹¹⁴ Comité de los Derechos del Niño (2005). *Observación general N° 7*. Realización de los derechos del niño en la primera infancia (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párr. 10.



Experto de Ecuador

(...) dice "los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades, y un entorno familiar y escolar, social, comunitario, que entregue seguridad". El desarrollo integral tiene un valor en sí mismo, en el tema de que integra un aspecto físico, psicológico, intelectual y moral [...]. A mí me gusta más una definición que es la definición del desarrollo integral como desarrollo en todas las dimensiones, como sujetos de derechos, como un entorno que les permite hacer eso, me entiendes, porque al final si tu planteas que ese es el desarrollo integral, lo que estás diciendo es que todo se pone al servicio de ese desarrollo, pero como sujeto [...].

Es interesante la concepción que plantea el experto en relación al derecho al desarrollo integral de la niñez y adolescencia, quien lo concibe como el despliegue de su estatus de sujeto de derechos en todas sus dimensiones y, en este sentido, enfatiza la relevancia del rol de los garantes de derechos, los que deben actuar potenciando esta calidad de titular de derechos, creando las condiciones necesarias para ello.

Así también, la opinión experta releva la importancia fundamental de consagrar el **derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución**, aun cuando en la mayoría de las Cartas Políticas de los países seleccionados no se reconocen. Excepcionalmente, como mencionamos, se establecen derechos de participación en **Ecuador y República Dominicana** (en el caso de **Bolivia** se reconoce el derecho a la participación de jóvenes, pero no así de la niñez ni adolescencia). La Constitución de República Dominicana es del año 2015, época más reciente donde los derechos a la participación adquieren mayor importancia y consenso en cuanto a su relevancia social¹¹⁵.

¹¹⁵ Es importante mencionar la relación que una experta de Irlanda puntualiza respecto al de **derecho a la protección y derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes**, mencionando que:

(...) creo que están interconectados, porque es imposible proteger a los niños en la familia, en la escuela, en todos los lugares sin escucharlos, cuando queremos hacer leyes o normas escolares, o decidir como las cosas se hacen en un nivel general hay que escuchar a los niños para entender su experiencia y también sus ideas de como esto se puede resolver de la mejor manera, como podemos usar estos insumos en todos los procesos para poder mejorar la forma en que se les trata. (experta de Noruega).





Experta de Sudáfrica

No tenemos derecho a la participación en la Constitución, pero si tenemos una ley de la niñez bastante amplia que reconoce como derecho general la participación de los niños, y también tenemos provisiones específicas de representación legal de niños en tribunales en materia civil y penal cuando son imputados y eso es un avance. Ahora hay un tema social y cultural acerca de eso de la participación, tenemos participación en la gobernanza escolar y tiene que estar involucrados en el gobierno de la escuela, pero no hay una provisión constitucional de participación infantil. (traducido del inglés).

Creo que participación infantil es una brecha. Recuerdo haber hecho solicitudes a una Comisión en el 94' que estaba haciendo la elaboración técnica sobre participación, pero no se incluyó y lo que si se incluyó fue una provisión para que los niños en causas civiles tuvieran un abogado costado por el Estado que era una forma de participación, pero más acotada de lo que debería haber sido. (Traducido del inglés).



Experta en Sudáfrica

Sin embargo, hay que destacar que la **Constitución de Ecuador** reconoce el derecho a la participación social de los niños, niñas y adolescentes desde el año 1998. No obstante, incluso en estos países, el reconocimiento a nivel constitucional no se refleja en la implementación de dichos derechos en la práctica.



Experto de Ecuador

[...] también el tema de la participación ciudadana que fue tan profundizado y ampliado en la Constitución del 2008 también beneficiaron a los niños, y eso también es super bueno porque no son los ciudadanos de segunda que no pueden participar.

El principio a la no discriminación no se reconoce en la cláusula dedicada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las constituciones revisadas, sino que se consagran una norma de igualdad y no discriminación amplia y general, a todas las personas, en algunas incorporando la edad como categoría prohibitiva para establecer distinciones entre las personas.

En algunos casos se establece como principio general sin incorporar la edad como categoría sospechosa. Así ocurre en Colombia, Sudáfrica y Noruega. En cambio, en las Constituciones de Ecuador¹¹⁶ y Bolivia¹¹⁷ si bien se establece una cláusula general de igualdad y no discriminación, ésta incorpora la categoría de edad, entre otras, como aquellas categorías prohibidas al momento de hacer distinciones.

Según destacan las y los expertos de Sudáfrica, si bien la cláusula constitucional de niñez y adolescencia de su Constitución¹¹⁸ no incorpora el principio de igualdad y no discriminación, sí lo hace la Constitución de manera general, es decir, para todas las personas. A partir de ello, los tribunales de justicia han generado jurisprudencia en relación a este principio en el caso de niños, niñas y adolescentes. También se menciona la importancia de que la norma constitucional se adecúe a estos tiempos, en este sentido se observa el desarrollo que ha hecho el Comité de los Derechos del Niño, respecto a esta normativa, con la incorporación de nuevas categorías sospechosas o criterios prohibidos para fundamentar una distinción entre las personas. Es por eso que es importante que esta cláusula quede abierta a la posibilidad de incorporar nuevos grupos que pueden experimentar discriminación en un futuro.



Experta de Irlanda

La versión original del Comité [de los Derechos del Niño] contra la discriminación racial no contemplaba el tema LGBTQ+, y hoy día hay que ver el tema la interseccionalidad. O sea, la discriminación en función de edad es una discriminación, donde se suma la discriminación de raza, género, orientación sexual, de discapacidad, de nacionalidad u otras que existan. (Traducido del inglés).

6.1.3.2. Derechos específicos de niñez y adolescencia destacados en la experiencia comparada

En cuanto al derecho a ser protegido contra la violencia, es importante señalar que, de los países seleccionados, solo tres de ellos, establecen explícitamente la protección contra la violencia, a saber, República Dominicana, Bolivia y Colombia. La Constitución de República Dominicana, señala, de manera explícita y detallada este derecho, disponiendo que “Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo

¹¹⁶ Constitución de Ecuador, artículo 11 numeral 2 inciso 2°.

¹¹⁷ Constitución de Bolivia, artículo 14.II.

¹¹⁸ Constitución de Sudáfrica, sección 28.



infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de *edad*¹¹⁹. Por su parte, la Constitución de Bolivia, señala que “Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad”, enfatizando que se proscribe en todos los ámbitos. Por último, la Constitución colombiana dispone que los niños, niñas y adolescentes “[...] Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o *moral*”¹²⁰.

Las demás, constituciones, se refieren a la integridad psicológica y física o personal de los niños, niñas y adolescentes (este último es el caso de Noruega) y violencia contra ciertos grupos, tales como niños, niñas y adolescentes. Una de las expertas refiere la importancia de ser explícito y específico con esta norma, y su esfera de protección, considerando el contexto social, en el que se valida la violencia.



Experta de Noruega

Protección contra la violencia, eso debería ser más específico. En los trabajos preparatorios, uno dice integridad, el respeto a la integridad, pero creo que eso no es suficiente, especialmente si uno no tiene una cultura en la que la violencia contra los niños se acepta, es que la cultura acá es que uno puede aceptar la violencia contra los niños y creo que eso debería estar en la Constitución. (Traducido del inglés).

En el caso de Sudáfrica, la opinión experta señala que una de las cláusulas más importantes en su Carta Política, refiere a aquella que dispone que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos del maltrato, específicamente:



Experta de Sudáfrica

Entonces, diría que esos son los más importante, también la protección contra el maltrato, negligencia, abuso o degradación. (Traducido del inglés).

Así también, se reconoce el **derecho a la prohibición de la explotación de los niños, niñas y adolescentes en la mayoría de las Constituciones revisadas**, algunas incorporan la no explotación comercial, económica, laboral, entre otras. Este reconocimiento se advierte en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Colombia y República Dominicana¹²¹.

¹¹⁹ Constitución Política de República Dominicana, artículo 56 N°1.

¹²⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 44 inciso primero.

¹²¹ En este ámbito es importante destacar la situación de la niñez y adolescencia en países como Bolivia, en relación al trabajo de niños, niñas y adolescentes, **donde se advierten fuertes tensiones:**

(...) hay una cultura en Bolivia de más bien, si se quiere decir, de escuchar a la cultura como tal, por ejemplo, de adolescentes y niños que trabajan y que más bien buscan ampliar el marco de posibilidad de actividad laboral.

En definitiva, se aprecia consenso en el discurso mayoritario en cuanto se considera fundamental establecer, de manera clara y directa, la prohibición de la violencia contra niños, niñas y adolescentes, planteando que esta declaración explícita podría ser más efectiva que tan solo disponer la protección del derecho a la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes. A su vez, este último derecho, por lo general, se le reconoce a toda persona, por lo que se postula que una formulación más específica, como una protección *contra la violencia* podría ser más efectiva en el aseguramiento de derechos de un grupo que históricamente ha sido víctima de ella, respecto de la cual el Estado tiene obligaciones reforzadas de protección.



Experto de Ecuador

(...) porque mi impresión es que es mejor trabajar en el concepto de violencia y cualquier forma de violencia que sobre el concepto de maltrato. Entonces, porque son condenables todas las formas de violencia y de ninguna forma aceptamos en términos técnicos que podría aparecer en un texto y que también sería interesante en términos de una visión dual de los derechos cambiar el texto de la constitución, o sea mejor trabajar sobre el tema de la violencia y la prevención de la violencia.

En cuanto al **derecho al juego y/o recreación**, es paradójico que, si bien es considerado uno de los derechos más propios de niños, niñas y adolescentes, **solo se reconoce de manera específica en dos Constituciones, la de Ecuador y Colombia**. En la Constitución de Bolivia, se reconoce el derecho a la recreación para todas las personas y no en específico para la niñez y adolescencia¹²². Así también, cabe mencionar que ninguno de las y los expertos entrevistados destaca este derecho en específico.

Los derechos en relación a las y los adolescentes en conflicto con la ley se observan tres Constituciones, de los casos revisados, que hacen referencia especial a este grupo, una de ellas es Sudáfrica. En relación a esta incorporación normativa, las expertas relevan su

Incluso Bolivia ha tenido una experiencia posterior al proceso constituyente, pero si te lo comento donde llamó la atención muchísimo y ahí yo era el defensor de la niñez de La Paz y yo tenía visitas de medios internacionales, muchísimos, que llegaban a La Paz a entrevistarme, porque no entendían como en Bolivia habían reducido la edad del trabajo a los 10 años [La Ley de promulgó el 2014] Cosa que ya ha quedado sin efecto, se declaró inconstitucional posteriormente ese artículo de la ley y bueno ese tema siempre genera cierta incomodidad, dificultad, entonces que pueden haber motivado, como te decía, el hecho de que no se entre en una regulación fuerte en el año 99'(experto de Bolivia).

¹²² Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 104, Sección V: Deporte y Recreación.



importancia en cuanto a la protección de derechos y garantías de adolescentes, especialmente aquellos que se encuentran privados de libertad.



Experto de Sudáfrica

(...) la cláusula de derecho penal juvenil ha sido crítica para cambiar toda la forma en que funciona el sistema penal, entonces usamos la frase de la Convención sobre los Derechos del Niño de que la detención debe ser una última medida y usada para el periodo más corto de tiempo y el resultado ha sido 2000% menos niños en detención en 20 años, 2000%. (Traducido del inglés).

En el caso de Ecuador y Bolivia, estas garantías se incorporan en secciones o capítulos relativos a toda persona, especificando los derechos de las y los adolescentes en este contexto. En los tres casos mencionados, el contar con estas normas se tiene impacto en la litigación, por tanto, en casos específicos donde vulneran derechos de adolescentes en contextos de privación de libertad, particularmente.

En este ámbito, hay que considerar que aún hay países, como Argentina, que no contemplan una ley de justicia juvenil ajustada al derecho internacional de los derechos humanos.



Experta de Argentina

(...) tenemos una ley penal juvenil muy vieja de la dictadura que nunca logramos poder reformarla y es un gran punto pendiente que tenemos, porque ahí se ve mucho el debate en contra de la baja de la edad (...) Nosotros fuimos a la Corte Interamericana, Argentina estuvo penada y fue responsable internacionalmente por el tema de las perpetuas a personas menores de edad... El famoso caso Mendoza fue terrible.

6.1.3.3. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales relativos a la niñez y adolescencia en la experiencia internacional

Por su parte, algunos de estos países reconocen a nivel constitucional **derechos sociales y económicos** a los niños, niñas y adolescentes. Así, a partir de la experiencia constitucional, se advierte que existen Constituciones Políticas especialmente

protectoras de derechos sociales con especificidad en niñez y adolescencia, con distintas fórmulas, en algunos casos en la norma de derechos de niñez y adolescencia y en otros, en las normas generales con mención a este grupo especialmente. En este sentido, por ejemplo, en el caso de Sudáfrica se observan cláusulas que reconocen derechos a la alimentación básica, servicios de cuidado básico de salud a la niñez y adolescencia. En Colombia, se reconoce el derecho a la educación y a la cultura de este grupo. En Ecuador se incorpora el derecho a la salud integral y nutrición, a la educación y cultura y deporte, seguridad social, entre otros. Por su parte, la Constitución de Noruega dispone que asegurará la seguridad económica y social de los niños, niñas y adolescentes, así como los estándares necesarios relativos a su salud.

Por ejemplo, destaca la protección que otorga la Constitución de Bolivia, respecto al trabajo de padres y madres de niños y niñas menores de un año, quienes están protegidos ante un eventual despido¹²³.



Experto de Bolivia

Se empieza reconocer ese derecho de los niños que los progenitores no los desvinculen de su fuente laboral y la Constitución el 2009 lo constitucionaliza, y ahora ya no es una discusión. La Ley hablaba solo de la madre trabajadora y la Constitución lo que ha hecho es hablar ahora del padre, o sea, la protección es ahora mayor, porque se tiene incluso que el universo de personas trabajadoras en Bolivia es más alto de hombres, entonces la protección es mucho más amplia y eso se ha hecho a través de un reconocimiento constitucional.

Estos derechos, como mencionamos antes, se consideran especialmente relevantes en el caso de los niños, niñas y adolescentes, particularmente por su situación de subordinación y la diferencia de poder estructural que caracteriza su posición en la sociedad. En este sentido, una de las expertas consultadas destaca que los DESCAs, en los años 90, no eran derechos comúnmente reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, se comienza a asentar la importancia de su especificación con respecto a este grupo, particularmente por la dificultad de su ejercicio independiente de las y los adultos.

¹²³ El artículo 48 de la Constitución de Bolivia señala que “Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad”.





Experta de Ecuador

Lo que era poco común de la Constitución Sudafricana de esa época [1996] era que había la inclusión de derechos sociales y económicos para todos. Una buena parte de la cláusula de la infancia también tenía esos derechos como incorporaciones, es decir, acceso a la salud básica, a sistemas de bienestar social y también derecho a la educación que era o fue considerado un derecho social y económico y hay mucho debate académico y jurisprudencia acerca de estas normas y estas cláusulas y lo que significan. [...] Entonces, no estoy pensando acá solamente en derechos de participación que es parte del derecho a expresión también, pero ¿qué puede entregarles a los niños en términos de alivio de desigualdades, pobreza, discriminación experimentada en grupos de niños? [en relación a la Constitución Política].

Se destaca la importancia de que los niños, niñas y adolescentes se sitúen en una posición independiente a sus familias y las y los adultos (madre, padre u otros cuidadores), donde puedan reclamar y ejercer los DESCAs de manera autónoma o, al menos, de manera más independiente.



Experta de Irlanda

Entonces es muy importante que los niños tengan una posición independiente y sus propias demandas sociales y económicas, que no sean siempre algo como un reflejo o parte de una familia. Entonces, cuando hablamos de la sección 28 de la Constitución sudafricana ahí los derechos sociales y económicos están muy bien establecidos, (...) en Latinoamérica: Colombia y en otras hay un listado en la constitución y también en tratados internacionales dentro de la jerarquía dónde están esos derechos. Entonces, si Chile quiere tener una Constitución que refleje lo que las mejores prácticas internacionales aplican tiene que hablar de los derechos económicos y sociales, otra cosa son los derechos culturales (...) obviamente son muy importantes y particularmente si hay minorías o grupos indígenas. Cuando hablo de minorías lingüísticas, religiosas, étnicas, entonces es muy importante que esto se incluya y derechos culturales también como derecho a jugar.

Derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes destacado entre los DESCA

En cuanto al derecho a la educación, derecho concebido por las y los expertos como particularmente relevante en la vida de los niños, niñas y adolescentes, se establece de distintas formas en el texto constitucional. En el caso de la **Constitución de Noruega**, por medio de una cláusula general de educación, se dispone que *“los niños tienen derecho a recibir educación básica”*¹²⁴. En la **Carta Política de Irlanda**, en la cláusula general de educación, se reconoce el derecho y deber de los padres de proporcionar, *“de acuerdo con sus medios, la educación religiosa y moral, intelectual, física y social de sus hijos”*¹²⁵ poniendo el acento en el derecho de los padres, madres y las familias. Sin embargo, **solo en una de las Constituciones revisadas se incorpora el derecho a la educación en la cláusula específica de niñez y adolescencia, este es el caso de la Constitución colombiana**, donde se menciona específicamente como derecho de los niños, niñas y adolescentes¹²⁶.

Asimismo, parte de las y los expertos mencionan la relevancia del derecho a la educación en el contexto de la crisis sanitaria mundial, puesto que, en el marco de las cuarentenas por la pandemia Covid-19, a partir de la demanda de protección de este derecho, se pudieron abordar otros derechos sociales en los tribunales de justicia, como el de alimentación, argumentando que, sin contar con el servicio de alimentación proveído en las escuelas, el derecho a la educación se veía conculcado.



Experta de Sudáfrica

Durante la cuarentena las escuelas estaban cerradas y muchos de los niños no tenían acceso a la nutrición, entonces hubo una cláusula constitucional que defendía el derecho a la nutrición y eso parte del derecho a la educación, porque si uno tiene hambre no puede aprender, y el gobierno fue obligado a iniciar un programa de distribución de alimentos para los niños incluso si no iban a las escuelas, más allá de la infraestructura misma de las escuelas. (Traducido del inglés).

¹²⁴ Constitución de Noruega, artículo 109.

¹²⁵ Constitución de Irlanda, artículo 42 N°1.

¹²⁶ Constitución de Colombia, artículo 44.



6.1.3.4. Garantes de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Constitución

La opinión experta menciona la importancia de la corresponsabilidad en la protección y realización de derechos de la niñez y adolescencia, por tanto, es clave incorporar normas sobre esta materia en la Constitución. De no establecer las obligaciones respecto a cada órgano co-garante, los derechos de niños, niñas y adolescentes, en la práctica, se encontrarán con muchos obstáculos.



Experta de Sudáfrica

Y la Constitución es algo que define que el Estado es el principal encargado de responder a estas situaciones y los padres están ahí en primer lugar, pero si no lo hacen, es el Estado el que tiene que asumir esta responsabilidad. (Traducido del inglés).

(...) la corresponsabilidad en el sentido de la concurrencia de los actores como el Estado, la familia y la sociedad en la protección de la niñez y la adolescencia.



Experta de Colombia

Así, cuando las responsabilidades y obligaciones no se especifican a nivel constitucional y/o legal, los tribunales son los que asignan dichas responsabilidades al conocer los casos concretos de amenaza o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes. **La opinión experta señala que la especificación de las obligaciones de los garantes es particularmente relevante en las cláusulas referidas a los DESCA.**



Experta de Irlanda

(...) cuando hablamos de los derechos económicos y sociales de los niños históricamente ha habido tanta oposición en cuanto a eso que es sumamente importante que haya un nivel adecuado de detalle para que sea legalmente cumplidos y una indicación del tipo de obligaciones que impone. (Traducido del inglés).

6.1.4. Mecanismos de exigibilidad de los derechos de la niñez y adolescencia

En cuando a la experiencia internacional, se hace hincapié en contar con acciones de tutela de derechos con titularidad amplia, que apunten a facilitar el acceso y proceso de reclamar los derechos amenazados o efectivamente vulnerados, no solo para la víctima

sino para otros sujetos que puedan estar en conocimiento de dicha situación. Sin embargo, la mayoría de los países no cuenta con acciones, procedimientos e institucionalidad especializada en niños, niñas y adolescentes. La experta de Sudáfrica menciona la importancia de la amplitud de la titularidad de la acción de tutela de derechos que reconoce dicha Constitución. Sin embargo, señala que no existen adecuaciones específicas en la institucionalidad en relación a los niños, niñas y adolescentes.



Experta de Sudáfrica

Hay muchos lugares donde los niños son ignorados, yo no digo que sea universal, pero hay un cambio notable de lo que pasaba hace 30 años cuando no se escuchaba para nada y también hay un fenómeno de los niños que abogan por sus propios derechos y piden... Por ejemplo, el grupo de Greta Thunberg que llevó una comunicación a la Convención sobre los Derechos del Niño, al Comité de Derechos del Niño como niños, como condición de niños [...] y 50% de todos los casos en el mundo por un cambio climático se están planteando de parte de niños [...] Así que el presente nos dice que los niños están pidiendo derechos cuando tienen los vehículos para hacerlo llevando reclamos, quejas, litigaciones [...] (Traducido al inglés).



Experta de Sudáfrica

No hay nada específico en la Constitución para la infancia, pero lo que tenemos es una cláusula muy generosa sobre quien tiene el derecho de llevar una causa a los tribunales [...] Uno no tiene que ser la víctima directa, uno puede llevar una causa en nombre de una víctima en grupos de interés, por ejemplo, y eso se aplica para todos acerca de quién puede llevar causas de violación, así que los niños también se benefician de eso, pero no hay cláusulas específicas en la Constitución y tenemos una cláusula en la Carta de Derechos, pero nada en el diseño institucional en términos nacionales, provinciales o municipales específicos para la niñez. (Traducido al inglés).

En el caso de la **Constitución colombiana, una de las expertas destaca su mecanismo de justiciabilidad, específicamente la acción de tutela¹²⁷, reconocido a nivel constitucional.** Esta acción, en temas de niñez y adolescencia, se establece en el artículo 44 de la

¹²⁷ Constitución de Colombia, artículo 86.



Constitución. Respecto al segundo inciso de dicha cláusula¹²⁸, menciona que cualquier persona puede recurrir a la autoridad competente ante la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

(...) toda la sociedad en términos de corresponsabilidad puede ejercer una acción que el niño está siendo vulnerado incluso por sus propios padres, ya no está esa idea de pertenencia [...] Si es ya vista, aquí, aunque no está mencionado está claramente la perspectiva que los niños son sujetos de derechos.



Experta de Colombia



Experta de Colombia

(...) es una acción constitucional que se puede anteponer ante cualquier juez, hay como unas competencias dependiendo del factor territorial, dependiendo de la entidad pública o incluso podría adelantarse usted ante un ente privado, pero se puede anteponer ante cualquier juez [...] la instancia debe resolverse como en unos 10 días y para evitar procedimientos largos, incluso hay órdenes perentorias, es una acción muy, muy rápida. Aquí el principio causó mucho escándalo, algunas tutelas que se hacían por ejemplo [...] de los niños y las niñas que pudieran llevar su cabello largo al colegio, entonces la incidencia de eso en una sociedad conservadora, es “cómo los jueces no están para eso” [...] Así fue avanzando para la protección de los derechos de los niños y la defensa de otros derechos también [...] como la tutela ha sido fundamental en Colombia, por ejemplo, para el derecho a la salud.

6.1.5. Institucionalidad de niñez y adolescencia en la experiencia internacional

Cabe señalar que diversas Constituciones realizan una mención específica a los sistemas institucionales a cargo de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes o mandatan su regulación. La importancia de establecer estos sistemas de protección integral a nivel constitucional, en cualquiera de sus fórmulas, es destacado por la opinión experta.

¹²⁸ Constitución de Colombia: Artículo 44 inciso segundo dispone respecto a la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes que “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

Por ejemplo, la **Constitución de Argentina**, establece en su artículo 7 que **el Congreso deberá legislar para tener “un sistema de seguridad social especial e integral en protección del niño”**. Por su parte, la **Constitución de Ecuador** establece, en su artículo 341, que el **Estado deberá generar sistemas de protección integral especializados, mencionando explícitamente el “Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia”**, estableciendo también su mandato como **“el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes”**.

Sin embargo, es importante mencionar que, en la Constitución de Ecuador, promulgada el año 2008, se eliminó la institucionalidad especializada en niñez y adolescencia que existía a nivel constitucional desde 1998, específicamente su órgano rector y otras instituciones relacionada con ellos y ellas, las que fueron subsumidas en un sistema de protección general, llamado sistema de inclusión y equidad. Así también, dejó de ser una institucionalidad con instancias participativas incidentes, particularmente para la sociedad civil y la niñez y adolescencia.

En el caso de Ecuador, la opinión experta señala que esta fue una gran pérdida para la institucionalidad de la niñez y adolescencia, con un fuerte impacto en este grupo.

Al cambiarse, al cerrarse el Consejo de la niñez y formarse el Consejo de la igualdad intergeneracional... niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores se debilitó esa visibilidad en niñez y adolescencia y las acciones que se tenían que hacer para la niñez y adolescencia.



Experta de Ecuador

(...) el sistema de protección integral o las políticas de protección integral solo habría participación en los Consejos, pero no definen la política, que el que define la política es el ejecutivo, el ministro del ramo. Entonces, había dos cosas que Correa tenía, el uno es este, no quería que hubiera un Consejo Nacional de niñez y adolescencia (...) que definía política, que tenía política pública obligatoria, mandatoria de manera participativa entre sociedad civil y Estado y esa era la obligatoria.



Experta de Ecuador

En el ámbito judicial, en **Noruega**, no existen tribunales ni tampoco funcionarias y funcionarios con especialización en niñez y adolescencia, puntualizándolo como un problema.



En cuanto a la institucionalidad de niñez y adolescencia, se destaca la relevancia de contar con institucionalidad fuerte y articulada especializada en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Por ello, si bien se destaca el reconocimiento constitucional de este grupo como un puntapié inicial importante, **tanto la legislación en este ámbito como las políticas públicas encarnadas en las instituciones se conciben como elementos centrales en la efectivización de los derechos.**



Experta de Colombia

(...) luego la Ley de infancia [2006] que se desarrolló después, que a mi juicio es formidable en relación a la que teníamos antes, por la forma y como son del todo en establecer la idea de los niños como sujetos de derechos y la protección que recae en la corresponsabilidad ha sido fundamental para las instituciones, para la implementación de políticas públicas y para tener una visión más allá de la asistencial y simple. Entonces, creo que la importancia de la incorporación constitucional que pone en relieve la protección y el interés superior fue muy fundamental.

Con el propósito de identificar elementos relevantes a nivel constitucional, se destacan algunas características y/o normas que, de acuerdo a la opinión experta, son relevantes en relación a este ámbito como, por ejemplo, el **principio de especialidad** que incorpora la **Constitución de Bolivia**, respecto a las y los funcionarios de la administración de justicia¹²⁹.



Experta de Ecuador

La actual Constitución no te habla de que tipo de juzgados deben existir, pero si te habla de la especialidad que debería darse en niñez y adolescencia de manera general, lo cual como que sostiene o fortalece esa idea de que en cualquier espacio de protección buscar que sean vistas este tipo de temáticas. Ahora, el actual Código lo que ha hecho es de alguna forma impulsar que se vaya concretando de manera más real esta especialidad en materia de administración de justicia, no solamente en el ámbito judicial como tal, sino también dentro del Ministerio Público.

¹²⁹ Constitución de Bolivia, artículo 60.

Otro de los elementos destacados es contar con un organismo de derechos humanos en el sistema nacional, que sea especialista en derechos de niñez y adolescencia, por lo que se profundizará en ese aspecto.

6.1.4.1. Defensoría del pueblo / Ombudsman y/o Defensoría de la Niñez

En este apartado se aborda la implementación de derechos de niños, niñas y adolescentes por medio de una institucionalidad de derechos humanos especializada, que proteja a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, situaciones que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales. Esta institución constituye una garantía orgánica o institucional, en la clasificación de Nash, para los derechos de las personas, en especial, de niños, niñas y adolescentes.

Específicamente, se abordarán casos que cuenten con Defensorías del Pueblo o *Ombudsperson* con áreas especializadas en niñez y adolescencia, y casos de países que cuenten con instituciones especializadas en derechos humanos de niñez y adolescencia, como la Defensoría de la Niñez.

En cuanto a la institucionalidad de derechos humanos, ningún país de los seleccionados cuenta con una Defensoría de la Niñez establecida a nivel constitucional, sin embargo, algunos de ellos han establecido un Defensor del Pueblo en la Constitución, esto ocurre en los casos de Argentina¹³⁰, Colombia¹³¹, Ecuador¹³², Bolivia¹³³ y Sudáfrica¹³⁴.

En el caso de **Colombia**, la institucionalidad de derechos humanos es robusta y transversal sin embargo, no existe una Defensoría de la Niñez, sino que existe una delegada de niñez y adolescencia, en el marco de la Defensoría del Pueblo. En relación

En el caso de **Colombia**, la institucionalidad de derechos humanos es robusta y transversal sin embargo, no existe una Defensoría de la Niñez, sino que existe una delegada de niñez y adolescencia, en el marco de la Defensoría del Pueblo. En relación al Defensor del Pueblo establecido en la **Constitución de Ecuador**, se plantea la invisibilización de la niñez y adolescencia al tener este un mandato general, puesto que sus derechos y necesidades se diluyen entre los derechos de las personas adultas y otros grupos específicos.

¹³⁰ Constitución de Argentina, artículo 86, Capítulo VII.

¹³¹ Constitución de Colombia, artículo 281 y sgtes. Capítulo X.

¹³² Constitución de Ecuador, artículo 214 y sgtes., Sección 5.

¹³³ Constitución de Bolivia, artículo 218 y sgtes., Capítulo segundo, sección I.

¹³⁴ Constitución de Sudáfrica, Capítulo 9, parte B.





**Académico y abogado
especializado en
derecho civil e infancia
de Ecuador**

Es que ahí la Defensoría del Pueblo teóricamente entre sus mandatos está representar a las mujeres y niños, niñas y adolescentes y que, en todos los procesos judiciales cuando haya conflicto de intereses exista alguien que represente la posición del niño, pero está perdido me entiendes [puesto que] la representación está diluida en esta idea de la generalidad [...] el movimiento de los derechos del niño sigue discutiendo y peleando para el reconocimiento de la especialidad, o sea, es una pelea constante y permanente, pero el texto constitucional es una limitante y no se puede, no puede obviar el texto.

En cuanto a **Bolivia**, se establece constitucionalmente una Defensoría del Pueblo, más parecido a un *Ombudsman*, que se compone de adjuntadurías, una de ellas es de grupos vulnerables, que incluye mujeres, niños, niñas y adolescentes, entre otros. Por su parte, el Código de la Niña, niño y adolescente de 1999, establece las Defensorías de la Niñez, quedando bajo el mandato de los municipios, sin embargo, a la fecha aún no existe una Defensoría de la Niñez por cada municipio, sino que solo algunos cuentan con ella y otros no.

Respecto a **Sudáfrica**, la Constitución incorpora a la Comisión de Derechos Humanos, que funciona como un *Ombudsperson*. Dentro de la Comisión hay un comisario que aborda los derechos de la niñez y adolescencia.

Si bien Sudáfrica cuenta con una institución general de derechos humanos establecida constitucionalmente, denominada Comisión de Derechos Humanos, una de las expertas de este país señala que la definición de una institución en materia de derechos especializada debiese considerar la institucionalidad vigente. En el caso de **Chile**, ya se cuenta con una institucionalidad especializada en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, con una trayectoria de aproximadamente cuatro años a la fecha. Así, una de las expertas menciona que, desde una perspectiva de eficiencia de los recursos y ya contando con la existencia de un organismo especializado en niñez y adolescencia, sería conveniente mantenerla y reforzar sus atribuciones a nivel constitucional.



Experta de Sudáfrica

(...) si uno empieza desde cero y si hay suficientes recursos creo que es mejor tener una defensoría especializada, pero en Sudáfrica se pensó que, si existía una de esas, habría que tener una igual para mujeres, personas con discapacidad, entonces sería mucho y por eso escogieron una opción más amplia de derechos humanos. En Sudáfrica decidimos como ONG's hacer lobby para que el gobierno fortaleciera la unidad de infancia dentro de esta comisión y la razón es porque donde está realmente y es mejor fortalecerla que empezar algo nuevo, porque financieramente sería más difícil empezar algo nuevo y también porque los poderes constitucionales que las Comisiones tienen son muy buenos. [...] En Sudáfrica he defendido que deberíamos reforzar lo que tenemos en la Comisión de Derechos Humanos, pero si a mí me dijeran un país donde todo es posible porque están en transición, yo recomendaría que tuvieran una Defensoría con poder, porque si no tienen solo será un lugar de debate sin mucho resultado, entonces el poder es lo importante, ¿Que tan serio se va a tomar esa institución? ¿Qué es lo que pueden hacer?, esto es siempre más importante que su nombre. Entonces, si están dentro de una oficina más amplia deben contar con los presupuestos y oficinas para los derechos de la infancia, sino va a empezar a desaparecer entre tantas materias.

En **República Dominicana**, la Ley N° 19-01, de febrero de 2001, crea el Defensor del Pueblo. No existe en esta institución unidad o área especializada en derechos de niñez y adolescencia, sin embargo, este ámbito es mencionado en la Ley como un asunto que debe ser de importancia para el Defensor del Pueblo¹³⁵.



Experta de República Dominicana

(...) hay un Defensor del Pueblo que es nombrado por el presidente y eso tiene algunas limitaciones a los Principios de París que definen la autonomía y la independencia del Defensor del Pueblo, entonces ya no cubre directamente y tampoco está especializado en temas de niñez.

¹³⁵ Ley N° 19-01 de febrero de 2001, artículo 7.



Noruega, Irlanda y Argentina, cuentan con una Defensoría de la Niñez establecida por ley, es decir, con una institución de derechos humanos especializada en este grupo. En estos países se evalúa positivamente contar con un organismo nacional de estas características. Si bien en Noruega hay un Ombudsperson, con mandato general de derechos humanos, paralelamente existe una Defensoría especializada en niñez y adolescencia, destacando que es un órgano muy relevante por cuanto tiene un rol clave en asegurar la participación de los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones.

Específicamente, **Noruega** cuenta con una Defensoría del Pueblo regulada legalmente, así como también tiene una **Defensoría de la Niñez**, dispuesta a nivel legal, desde 1981. En este país la Defensoría de la Niñez precede a la Convención sobre los Derechos de la Niñez. Esta institución se encuentra posicionada y muy bien evaluada por las y los expertos.



Experta de Noruega

[La Defensoría de la Niñez de Noruega] tiene un mandato específico de asegurar que la Convención sobre los Derechos del Niño se respete. Entonces, creo que, sí que ellos tienen un importante rol en ese sentido, y es una institución muy importante a la hora de escuchar a los niños y al momento de incluirlos en las decisiones [...] considero que es bien importante y relevante esta institución y la defensora es muy activa y vital en materias que conciernen a los niños y niñas se trata. Por ejemplo, con la pandemia de 2019, la Defensoría ha estado en terreno hablando de cómo esta restricción que tuvimos en nuestro país ha afectado a los niños, y cómo protegerlos lo máximo posible es no cerrando escuelas, salvo como una última medida; [...] Entonces, estos son ejemplos de su actuación. (Traducido del inglés).

En el caso de **Irlanda**, existe la **Oficina del Defensor de la Niñez** que se regula en la Ley del Defensor del Menor de 2002 (*Ombudsman for Children Act, 2002*). Este es un organismo oficial independiente creado en 2004¹³⁶.

¹³⁶ Una de las expertas destaca un estudio longitudinal sobre niños, niñas y adolescentes llamado "Growing up in Ireland" que ha permitido contar con evidencia importante para sustentar política pública relativa a este grupo de la población.

Otro es que tenemos un estudio de niñez que empezó en el año 2000 y que hace un seguimiento de la vida de los niños que ahora son adultos y todas estas medidas tuvieron un gran rol en aumentar la visibilidad de los derechos de los niños y también las enmiendas constitucionales que se votaron en el 2012 tiene también una gran parte en ello y se vio como un paso muy importante para Irlanda y puedo hablar de eso también. Entonces, todo eso es parte de esta ola de reformas que se concretaron y que el Comité venía impulsando para que se haga y muchos grupos de la sociedad civil participaron de este proceso. Es una base de datos enorme acerca de la vida de un grupo de niños y niñas en un período de tiempo y eso nos ha brindado datos



Experta de Irlanda

La Defensoría es bastante potente basada en un estatuto que es independiente y puede escuchar las quejas de niños y niñas, y tienen poderes bastantes amplios para promover y proteger los derechos infantiles y ha sido una institución muy exitosa en el cambio cultural acerca de los niños y sus derechos; se estableció en el 2004 hace bastante tiempo ya entonces. (Traducido del inglés).

Como mencionamos, en la **Constitución de Argentina**, el artículo 86 establece una Defensoría Nacional del Pueblo de carácter autónoma. Por su parte, con la promulgación de la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el año 2005, se crea la figura del **Defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes**. No obstante, esta figura recién fue designada el año 2020, después de muchos reclamos por la demora en su instalación, según lo planteado por la opinión experta.

6.1.6. Brechas en derechos de la niñez y adolescencia en la experiencia internacional

En cuanto a las brechas identificadas por las y los expertos, se hace referencia a **la distancia que existe entre los derechos establecidos a nivel constitucional y su implementación en diversos ámbitos, ya sea a nivel legal, administrativo o incluso, en ámbitos culturales y sociales, entre otros**. También se hace mención a las falencias provocadas, en la práctica, por aquellas normas que no se establecieron en la Constitución Política de dichos países.

Se identifican las siguientes convergencias en la opinión las y los expertos que se desarrollarán a continuación:

- Dificultades en el acceso a la justicia
- Incumplimiento de estándares de derechos humanos en justicia juvenil
- Falta de reconocimiento de derechos de participación en la Constitución Política
- Dificultades en la implementación de la institucionalidad y políticas públicas de niñez y adolescencia



acerca de su experiencia en la educación, salud, todo el rango de fenómenos y actividades en su trayecto de vida.



6.1.6.1. Dificultades en el acceso a la justicia

Uno de los ámbitos que se relevan en el discurso de las y los expertos son las dificultades de los niños, niñas y adolescentes para acceder a la justicia. Lo anterior se produciría por diversos motivos, tales como una institucionalidad poco amigable con los derechos la niñez y adolescencia, por la ausencia de estructuras, mecanismos y profesionales especializados, tales como jueces y abogados, dificultando a este grupo la posibilidad de reclamar sus derechos.

En la mayoría de las experiencias observadas no existe una justicia ajustada a los intereses y características de los niños, niñas y adolescentes. Si bien en algunos países se establece la especialización de funcionarias y funcionarios públicos a nivel legal, en otros no, o en la práctica no se da necesariamente. Por ejemplo, en **Argentina** se menciona como una falencia carecer de una institucionalidad de abogado de la niñez de manera formal y en iguales condiciones en las distintas provincias federales, en algunas se resuelve con el Colegio de Abogados, con la dificultad de que estos profesionales no se encuentran especializados en materias de derechos de niñez y adolescencia necesariamente. Asimismo, se destaca su estrecha vinculación con la tutela efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes y su autonomía progresiva, cuya mención también debería estar a nivel constitucional, según menciona parte de la opinión experta.

En el caso de **Bolivia**, la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes se sitúa en defensorías ubicadas en los municipios, sin embargo, como mencionamos, no se encuentran instaladas en todos, dejando en la indefensión a los niños, niñas y adolescentes que viven en dichos territorios. Finalmente, se señala que la instalación dependerá de los recursos económicos con los que cada municipio cuente, develando que, a la fecha, la implementación de esta institucionalidad no es prioritaria ni tampoco existe un ente fiscalizador con respecto a la política pública existente en la materia.

En el caso de **Noruega**, la experta menciona las dificultades en el ejercicio del derecho al acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos.



Experta de Noruega

(...) sería mejor tener un mecanismo de denuncia especial que cubriría todas las áreas y que si ha habido discusión en ese sentido, porque Noruega no ha adoptado el mecanismo de denuncia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Noruega no ha ratificado el protocolo opcional de denuncias individuales o de comunicación individual, creo que lo deberíamos adoptar y tener un mecanismo de denuncia mejor en el país, porque no es fácil para que los niños hoy en día vayan a los tribunales, diría entonces que para que los niños tengan acceso a la justicia no es fácil en Noruega. (Traducido del inglés).

6.1.6.2. Incumplimiento de estándares de derechos humanos en justicia juvenil

Se observan dificultades en la adecuación del área de justicia juvenil a estándares internacionales de derechos humanos, más que en el ámbito proteccional, se puede observar mayor resistencia en implementar ciertos derechos en relación a adolescentes que han cometido infracciones de ley. Por ejemplo, en **Argentina** y **Colombia** existe una deuda en este sentido, ya que **la normativa interna aún no se ajusta a estándares internacionales de derechos humanos**. En el caso de **Argentina**, la norma no se ha adecuado a la Constitución vigente, que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño de manera expresa, lo que en la práctica ha significado un incumplimiento de los derechos de adolescentes que han infringido la ley penal, incluso ha llegado al sistema de justicia internacional de derechos humanos¹³⁷. En este mismo país, en el área civil, ya se habían hecho reformas importantes de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, incluso antes de que se reformara la Constitución el año 1994. No obstante, el Código Civil y Comercial fue promulgado el año 2015.



Experta de Argentina

En relación a ello, una experta señala que: Si vos me preguntás, los dos sectores en que la sociedad y la intelectualidad es reacia a los derechos del niño, son dos los derechos sexuales y reproductivos de las niñas y de los infractores a la ley penal, salvo esos dos ámbitos en lo que son derechos del niño la sociedad lo tiene muy asumido.

En **Colombia**, aún no existe una separación de normas relativas a adolescentes que han infringido la ley y aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo protección por vulneraciones de derechos, ambas regulaciones son parte del mismo cuerpo legal, a saber, Código de Infancia y Adolescencia. Incluso se menciona que a veces los niños, niñas y adolescentes bajo medidas de protección, que implican su institucionalización, se encuentran en el mismo establecimiento que aquellos que han infringido la ley penal, lo que resulta problemático y contraviene el derecho internacional de los derechos humanos.

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.





Experta de Colombia

Ese debate, es un debate complejo, porque en Chile y los grandes teóricos (...), ellos dicen que deben estar separados. Ellos dicen que tienen que estar separados porque una cosa es la ley penal adolescente y que hace parte de la política criminal y en Colombia la política criminal del Estado colombiano es preventiva, o sea, están los lineamientos técnicos, pero pues algo pasa y es que se hace prevención terciaria, o sea, vemos que la política criminal o gran parte de la política criminal se desarrolla en la prevención terciaria. Ahora yo creo que en países como Colombia el sistema penal de adolescentes si debe quedar bajo el esquema de protección, o sea, porque en estos momentos en Colombia se desarrolla bajo el Código de infancia y adolescencia. El Capítulo uno es protección de niños y niñas, incluyendo reclutamiento y bueno todos los problemas o las vulneraciones que puede tener niños y niñas. El Capítulo 2 es sobre responsabilidad penal para adolescentes y el Capítulo 3 es sobre vigilancia y control de todo.

Incluso en **Noruega** se plantea un tema similar, al **no contar con institucionalidad especializada en niñez y adolescencia en este ámbito**, incluso, en los casos en que alguno es privado de libertad es recluso en cárcel de adultos.



Experta de Noruega

Y si hay algún tipo de custodia no hay un lugar especial para ellos y creo que de alguna forma se da porque hay tan pocos niños, o sea que, si hay un niño en un pueblo y dos en el otro es muy difícil tener un sistema separado, esto es parte de la razón por la cual no tenemos este sistema separado para los niños cuando hablamos de la justicia. Creo que también hay una problemática ahí involucrada. (Traducido del inglés).

Respecto a esta brecha, es importante mencionar que **Sudáfrica es el único país de los ocho estudiados que hace referencia en la norma constitucional a los derechos y garantías de adolescentes en conflicto con la ley**. Esta incorporación en la Constitución se considera estructurante del sistema penal juvenil en dicho país.



Experta de Sudáfrica

En segundo lugar, eso ha sido recalcado por académicos, la cláusula de derecho penal juvenil ha sido crítica para cambiar toda la forma en que funciona el sistema penal, entonces usamos la frase de la Convención sobre los Derechos del Niño de que la detención debe ser una última medida y usada para el periodo más corto de tiempo y el resultado ha sido 2000% menos niños en detención en 20 años, 2000%. (Traducido del inglés).

6.1.6.3. Ausencia de reconocimiento de derechos de participación en la Constitución y en el ámbito público¹³⁸

En cuanto al reconocimiento de derechos de participación, como previamente se mencionó, **se observó una ausencia transversal en las experiencias constitucionales revisadas**. Por su parte, en aquellos países en los cuales se consagra el derecho a la participación, y/o se establece el derecho a nivel legal, igualmente es posible advertir escasas o inexistentes instancias de participación de niños, niñas y adolescentes en el ámbito público.

En el caso de **Noruega**, por ejemplo, existen instancias de participación política de niños, niñas y adolescentes establecidas por la ley, tanto en el ámbito nacional como territorial, pero en la práctica estas instancias no se encuentran formalizadas.

¹³⁸ Uno de los expertos menciona la escasa asignación presupuestaria al ámbito de niñez y adolescencia, señalando la relevancia de que en la Constitución Política establezca que en el ámbito legislativo se deben priorizar las problemáticas relacionadas a la niñez y adolescencia desde un enfoque presupuestario o por medio de una norma de prevalencia que establezca que los derechos de la niñez y adolescencia son prioritarios respecto a los demás. Algunos expertos se refirieron específicamente a este tema, incluso se menciona que muchas veces en la práctica la inversión en mujeres y niñez siempre es menor comparada con otros grupos.





Experta de Noruega

(...) habla de la participación más formal de los niños en los temas políticos tenemos un mecanismo formalizado que se llama una junta de juventud en las municipalidades y se ha vuelto obligatorio que los municipios tengan una junta, y creo que por el tema de la pandemia no deberían estar funcionando como se debería, y no tienen una autoridad de decisión, pero los cuerpos electos deben consultar esta junta antes de tomar decisiones (...). Y a nivel nacional, al menos tenemos una especie de parlamento infantil o algo así, y se organiza de vez en cuando por la organización "save the children", y se les invita para que vayan al parlamento y hagan preguntas a los parlamentarios y eso se llama el parlamento infantil, pero no hay nada muy formalizado así que debería haber creado un órgano en ese sentido a nivel nacional. (Traducido de inglés).

En **Argentina**, se visualiza un mayor avance en la participación de la niñez y adolescencia en el área judicial, no así en el área administrativa y en las políticas públicas. Sin embargo, se mencionan ciertos derechos como ausentes en la Constitución de Argentina, tales como el derecho a petición, el derecho a la reunión y a la asociación. Desde la perspectiva experta, esta ausencia impacta en un débil desarrollo de las asociaciones y colectivos de niños, niñas y adolescentes en Argentina.

En algunos casos la participación en instancias institucionales se reduce al ámbito de justicia, estableciendo el derecho a la representación legal en causas en que los niños, niñas y adolescentes se ven involucrados. Incluso en estos casos con falencias en la institucionalidad y las y los funcionarios que ejercen dicho rol en relación a los recursos y especialización en materia de niñez y adolescencia.



Experta de Sudáfrica

(...) lo que sí se incluyó fue una provisión para que niños en materias civiles, en causas civiles deberían tener un abogado costado por el Estado que era una forma de participación, pero más acotada de lo que debería haber sido. (Traducido de inglés).

6.1.3.4. Dificultades en la implementación de la institucionalidad y políticas públicas de niñez y adolescencia

En relación a la implementación de la institucionalidad y políticas públicas de niñez y adolescencia, la opinión experta menciona como una dificultad la centralización de los recursos, lo cual afecta a las zonas rurales o ubicadas lejos del centro en la provisión de servicios, lo que impacta directamente a los niños, niñas y adolescentes de esas áreas. Ciertas experiencias también evidencian como dificultad la distancia entre el reconocimiento de derechos a nivel constitucional e incluso legal, y la implementación de la institucionalidad de derechos de niñez y adolescencia, lo que repercute en el ejercicio de derechos de esta población. Por ejemplo, **República Dominicana** tiene una Constitución Política considerada muy progresista en lo que se refiere a derechos de niños, niñas y adolescentes y cuenta con la Ley N° 736, que establece el Sistema de Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, la experta de dicho país menciona que ha sido difícil su operacionalización y el centralismo ha sido un factor que ha dificultado dicho proceso. Esto también ocurre en Colombia, Argentina, Bolivia, entre otros países, según la opinión experta.



Experta de República Dominicana

(...) el país tiene un problema con el tema de las políticas sociales, tanto las de base o sea pobreza, acceso a derechos y las políticas de protección especial como las violaciones, la violencia, ese sistema no están conjugados, son programas express, fragmentados y en especial el programa de niñez y adolescencia no se conecta con otras políticas centralizadas. Esa visión de integralidad no está necesariamente puesta.

En general, los expertos y expertas latinoamericanos plantean la brecha que existe entre lo declarativo de la Constitución, las leyes, su aplicación y sus en el cotidiano de los niños, niñas y adolescentes. En concreto se advierte la falencia de las leyes y políticas públicas asociadas a los derechos reconocidos por las cartas constitucionales.



Experta de Sudáfrica

Hay una brecha entre lo que dicen nuestras leyes y lo que los niños experimentan en la vida real, y los problemas son las actitudes de los trabajadores del sistema que muchas veces ponen sus propias necesidades por encima de los niños; muchas veces falta de conocimiento y de capacitación.



6.2. Convergencias y divergencias de la opinión experta en el proceso constituyente chileno

En este acápite se abordarán las dimensiones que, desde un enfoque de derechos, son centrales en el reconocimiento y aplicación de los derechos de niños, niñas y adolescentes, tanto en el proceso constituyente como en la redacción de la nueva Constitución chilena. Así también, se aborda la dimensión de implementación de los derechos, que surge como clave para su respeto, protección y garantía y que, además, se vincula estrechamente con los derechos reconocidos y la institucionalidad abocada a este grupo.

El objetivo N°2 busca identificar convergencias y divergencias en las posiciones, perspectivas u opiniones de expertas y expertos en diversas materias del debate constitucional sobre los derechos de niñez y adolescencia en el ámbito chileno. No obstante, se profundizará en las dimensiones y elementos relevados, sobre el proceso constituyente chileno, por el grupo de las y los 33 expertos entrevistados.

Las dimensiones abordadas fueron las siguientes:

- Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente
- Nueva Constitución desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia

6.2.1. Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente

La participación surge como central desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, y tiene distintas aristas que vale la pena explorar, según el discurso mayoritario de las expertas y expertos, tanto nacionales como internacionales. Por tanto, se indaga en dos ámbitos, primero sobre participación de la niñez y adolescencia en el proceso constituyente y, segundo, en el ámbito del texto de la Constitución Política. En este segundo ámbito, específicamente, en el reconocimiento de la participación como principio, derecho e instancias de participación establecidas en él, así como también respecto a la efectivización que se debe hacer de este derecho.

6.2.1.1. La participación de la niñez y adolescencia como eje central y prioritario

La **opinión experta le otorga un lugar central y prioritario al derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes**, no solo respecto al proceso constitucional, sino que también en cuanto a las temáticas que se deberán recoger en el texto constitucional.

Particularmente, se advierte el reconocimiento de este derecho vinculado estrechamente con su implementación en diversos ámbitos de la vida de niños, niñas y adolescentes. El discurso mayoritario distingue y releva el derecho a la participación de este grupo respecto a ámbitos cotidianos, tales como el espacio familiar, la escuela y la comunidad (destacando su participación en órganos e instancias municipales y en el ámbito educativo), incluso se enfatiza con mayor fuerza su participación en instancias

próximas a ellas y ellos, que en aquellas institucionales de órganos del Estado a nivel nacional.

(...) es que si el Estado garantizar condiciones para asegurar la participación y ahí es donde me parece que eso habría que garantizarlo constitucionalmente y eso se traduce en instancias institucionales que pueden ser consejos consultivos en los municipios por ej. o darles una mayor fuerza a los centros de alumnos (...)



Académico nacional de ciencias sociales

Yo creo que el lugar privilegiado de la participación debiera ser en el sistema educativo, porque plantearlo demasiado extenso, es después una forma elegante de diluirlo, yo te digo que privilegiará la opinión de los niños en el sistema educativo.



Académico internacional de ciencias jurídicas

Parte del discurso destaca la importancia de este derecho, puesto que permite el ejercicio de los demás derechos. Así, la concepción de la participación de los niños, niñas y adolescentes de la opinión experta, en general, recoge la perspectiva de derechos humanos, enmarcada en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ahora bien, se concibe, por una parte del discurso, como un derecho históricamente incumplido y, en la actualidad, se enfatiza la importancia de su ejercicio, reclamándose el rol del Estado en su aseguramiento en los más diversos ámbitos.

6.2.1.2 Relevancia de la participación de la niñez y adolescencia en el discurso del mundo adulto

En general, se enfatiza que la participación de la niñez y adolescencia ya se encuentra instalada en el lenguaje, en el discurso social, sin embargo, la opinión experta, percibe una brecha considerable en este ámbito, entre lo discursivo y lo declarativo y lo que ocurre en la práctica en el caso de la participación social y política de los niños, niñas y adolescentes, tanto en instancias cotidianas como en las institucionales.

Asimismo, se advierte un incipiente cambio cultural, en que, si bien no se constatan muchos espacios ni iniciativas de participación formales para niños, niñas y adolescentes,



sí se les reconoce como sujetos que requieren de estos espacios. En este sentido, tanto adultos como niños, niñas y adolescentes demandan ciertos espacios de participación.



Académica experta en
niñez y adolescencia de
ciencias sociales

“(...) en el año 1997 [...] cuando hablábamos de promoción de la participación era hablar otro idioma, en el sentido que aparecía como un elemento contracultural, pero para los niños era algo muy relevante porque lo valoraban a causa de la ausencia de estos espacios. Ahora que te lo digo, veo que es algo muy distinto porque era una petición que se hacía con mucha timidez, hoy en día creo que igual hay ausencia, pero la petición es otra, respecto de la valoración y respeto a la escucha. [...] Entonces, ha variado la demanda por los espacios de escucha y por el nivel de incidencia de escucha que evidentemente son insuficientes para la vida cotidiana. En esto igual ha habido una petición de su parte.”

En este sentido, se enfatiza que la participación paulatinamente se ha instalado en el ámbito formal en ciertos espacios, particularmente en la familia, la escuela, comunidad, entre otros, no obstante, estos avances aún son tímidos en cuanto al peso de su opinión en ellos. En la actualidad, se advierten demandas de incidencia y valoración respecto de sus opiniones, intereses, entre otros, pues ya no basta con una participación simbólica o formal.

En relación a lo anterior, es clara la distinción y diferencia que se hace en el discurso de las y los expertos entre la participación incidente de aquella meramente simbólica. Particularmente, **plantean que una participación simbólica es insuficiente y se debe garantizar una de carácter significativa de la población infantoadolescente.**



Académica experta en niñez y
adolescencia

La participación muchas veces se limita a lo que llamo a una participación simbólica, es decir, los niños son invitados, hablan mucho de participación hasta de ciudadanía de los niños, pero sus posibilidades de influir en las políticas, de influir en decisiones que los afectan no son muy grandes.

Respecto a la participación institucional, las críticas se profundizan en cuanto no se han creado espacios ni tampoco instancias acordes a la población infantoadolescente para ejercer su derecho a la participación. Una experta comparte su experiencia en Chile, en

relación a la participación de niñez y adolescencia en una institución pública, donde las metodologías no eran adecuadas para promover una participación vinculante, sino que meramente informativa e incluso “decorativa”.



Experta de ciencias sociales en organismo no gubernamental

En el caso del COSOC [Consejo de la Sociedad Civil] no era vinculante y tampoco lo fue y la participación de los niños no avanzó mucho. Yo creo que las metodologías que estamos ocupando no son las adecuadas para incorporar a niños, niñas y adolescentes. [...]. Es una participación que es más bien informativa, incluso en algunos casos, media decorativa, pero en ningún caso vinculante, pero si nos vamos más a un plano social los niveles de participación de los niños son gigantescos, basta pensar en la revuelta social y quienes partieron con la revuelta social son adolescentes, son secundarios.

Así también, **es importante destacar la distinción que establece la opinión experta en relación a la participación institucional de aquella informal y espontánea.** Predomina una crítica en el ámbito institucional respecto a la ausencia de instancias, mecanismos y espacios acordes para dicha participación. Paralelamente, se reconoce la participación de los niños, niñas y adolescentes que se ejerce cotidianamente, en los espacios a los que pueden acceder y con las herramientas que tienen, esto es en sus casas, escuelas y barrios, donde practican otras formas de participación, resistencias e incidencias. En otras palabras, se reconocen a los niños, niñas y adolescentes con capacidad de agencia.

Lo anterior, se explicaría por ciertas características de la sociedad chilena y sus resistencias a la participación en general y, específicamente, a la infantoadolescente. El discurso mayoritario menciona el adultocentrismo imperante en la sociedad chilena, característica de las sociedades occidentales, y también el carácter conservador de Chile.

El doctor en sociología, Claudio Duarte, plantea la caracterización de la sociedad considerando esencialmente las relaciones entre adultos y niños, niñas y adolescentes¹³⁹, desarrollando la noción de adultocentrismo. Una sociedad de este tipo se caracteriza por presentar “(...) *unas relaciones de dominio entre estas clases de edad —y lo que a cada una se le asigna como expectativa social—, que se han venido gestando a través de la historia, con raíces, mutaciones y actualizaciones económicas, culturales y políticas, y que se han instalado en los imaginarios sociales, incidiendo en su reproducción material y simbólica*”¹⁴⁰.

¹³⁹ Cabe precisar que el autor habla de juventudes y no de niñez y adolescencia.

¹⁴⁰ Duarte, Claudio. (2012). Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción. ULTIMA DÉCADA N°36, CIDPA VALPARAÍSO, JULIO 2012, pp. 99-125, p.13.



La opinión experta menciona el **adultocentrismo como un factor que impide o dificulta la implementación de instancias de participación acorde a los niños, niñas y adolescentes, que además tengan incidencia, incluso en sus espacios cotidianos como los establecimientos educacionales.** Se señalan diversas resistencias de parte de las y los adultos, y de la sociedad en su conjunto, respecto a la facilitación y promoción de estas instancias, así como la concepción tutelar en la sociedad chilena respecto de la niñez y adolescencia.



Académico nacional de ciencias sociales y educador experto en niñez y juventudes

[...] está la reducción de la participación, a que los niños, niñas y adolescentes se expresen en los canales que el mundo adulto ha creado para ellos y ellas, que elijan un centro de alumnos, pero no puede haber otro grupo dentro del liceo que no sea el centro de alumnos. ¿Por qué? Entonces en eso reduce la participación, no ven la participación en eso, en eso ven desorden, indisciplina, vandalismo, lo típico que el mundo adulto hace cuando el niño, niña, joven "desobedece". Entonces que participen, pero dentro este orden; orden definido por el mundo adulto sin considerar ni las dinámicas juveniles, ni los intereses juveniles, ni las formas de hacer.

Es una sociedad muy conservadora, donde el peso de algunas concepciones religiosas mal enfocadas, y digo mal enfocadas porque las concepciones religiosas bien enfocadas son magníficas; el problema es el desenfoco de algunas de ellas, y de una visión clásica, paternalista, tutelar de la infancia, considerar que los niños, niñas y adolescentes debían ser protegidos, esa visión que viene de la patria potestad.



Académico de ciencias jurídicas y perteneciente a organismo internacional de derechos humanos

Como se expuso en un comienzo, la visión paternalista y tutelar obstaculiza la implementación de condiciones necesarias y mínimas para que niños, niñas y adolescentes puedan ejercitar el derecho a la participación. Así también, esta visión impide acoger y aceptar como válidas otras formas de participación propias de este grupo, tildándolas como inaceptables e incluso criminalizándolas.

A su vez, parte importante del discurso menciona que es clave hacer cambios relevantes que no se centren únicamente en el proceso constitucional, dado que pensarlo solo

enfocado en esta instancia no da cuenta de la importancia de la participación de los niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva más amplia. Particularmente, aquellos expertos y expertas que se encuentran trabajando con niños, niñas y adolescente en diversos contextos, tales como la escuela y la comunidad, mencionan la urgencia de realizar cambios culturales y sociales que permitan implementar las modificaciones en el ámbito constitucional y jurídico.

6.2.1.3. Participación de la niñez y adolescencia en Chile: movimientos estudiantiles e institucionalidad

La opinión mayoritaria observa un aumento de la participación de la niñez y adolescencia en el ámbito social y político, principalmente relacionada con los movimientos estudiantiles. Ante la ausencia de instancias formales e institucionales de participación en diversos ámbitos tales como la familia, la escuela, el Estado, entre otros, se observa que este grupo ha ejercido su derecho a participar en el margen que ha permitido el mundo adulto, sobre los temas que les interesan, con las herramientas disponibles y en los espacios de los cuales han podido disponer, de este modo se han apropiado de su derecho a la participación.



Académica experta en políticas públicas en infancia de ciencias sociales

Hay un problema en los canales de comunicación de participación de niños y niñas. Creo que tienen claro su derecho a la participación, no solo los adolescentes, sino también los más pequeños. Creo que se han apropiado de mejor forma el derecho a la participación en la sociedad misma, que no le reconocen ese derecho; creo que ellos tienen claro el derecho a la opinión desde muy pequeños, pero ahí hay un canal, ahí hay un canal que está como el Cau Cau, nunca se junta (risas), a pesar de que discursivamente se juntan.



No creo que todo sea un problema de las políticas públicas y del Estado, o sea, la sociedad tampoco ayuda mucho a que estos canales existan y sean fuertes. [...] También miremos familia, comunidad, también miremos sociedad porque capaz que en algunos casos incluso los espacios institucionales públicos les entregan más voz de lo que le entregan sus familias o sus propias comunidades.



Académica del ámbito de las ciencias sociales experta en políticas públicas

El discurso mayoritario, como previamente señalamos, distingue dos ámbitos de participación, uno institucional y/o formal, y otro espontáneo y/o informal. Ambos se abordan relevando distintos elementos, en cuanto cada uno de ellos tiene importancia fundamental en la vida de los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile. Esta carencia de espacios institucionales y formales han empujado a los niños, niñas y adolescentes a apropiarse y ejercer el derecho a participación a su manera, lo que es destacado por el discurso mayoritario, como el ejercicio de su capacidad de agencia.

6.2.1.4. Participación de las y los adolescentes desde la resistencia

La opinión predominante destaca la importancia de los movimientos estudiantiles, en tanto sus movilizaciones se han visto vinculadas a demandas sociales sobre cambios estructurales, es decir, que afectan a parte importante de la sociedad. Se destaca que, en Chile, estos fenómenos han sido recurrentes. En estos contextos, se releva la participación y liderazgo de la niñez y adolescencia en cuanto a que estos comenzaron a instalar demandas reivindicatorias en época de democracia, particularmente respecto a la educación, pensiones, desigualdades sociales, entre otras temáticas que afectan de forma transversal a la población. Estas demandas, y la forma de ejercerlas, comenzaron a cuestionar el sistema educacional chileno, a denunciar el lucro y a demandar por educación gratuita y de calidad, entre otros aspectos que antes no se cuestionaban.

El discurso mayoritario destaca ciertos hitos en la participación de adolescentes, enmarcados en los movimientos estudiantiles, entre los cuales se encuentra el “mochilazo” el año 2001, que corresponde al primer movimiento estudiantil masivo, después de la llegada de la democracia, donde estudiantes, principalmente de carácter secundario¹⁴¹, protestaron por la disminución de beneficios relacionados con el transporte público. El 2006, el movimiento estudiantil denominado “*Revolución pingüina*”, se caracterizó por la gran convocatoria de estudiantes provenientes de establecimientos públicos, municipales subvencionados y privados, y la paralización de

¹⁴¹ Rifo, M. (2013). Movimiento estudiantil, sistema educativo y crisis política actual en Chile. Polis, Revista Latinoamericana, Volumen 12, Nº 36, 2013, p. 223-240.

más de la mitad de los establecimientos educacionales en Chile (400), siendo elementos claves para comprender la participación estudiantil generada desde ellas y ellos a través de asambleas. Se levanta, desde allí, una crítica estructural al modelo liberal, por medio del cuestionamiento al ámbito educacional¹⁴². Posteriormente, en el año 2011, se gestaron nuevas movilizaciones estudiantiles masivas que avanzaron a críticas claves del modelo, uniendo a los secundarios y universitarios en estas demandas¹⁴³.

Esto es sumamente importante puesto que es una manifestación concreta de que las y los adolescentes han participado de diversas maneras de la vida social y política de Chile, con fuerte impacto en los procesos de cambio futuros y, para ello, despliegan otras formas de participación, lejos de la institucionalidad, bajo sus códigos y en los márgenes del mundo adulto.



Experta nacional de ciencias sociales de organismo no gubernamental

Han generado sus propias expresiones de participación política [...] tenemos todo lo que fue el movimiento de los pingüinos, que fue una cosa preciosa y dio la vuelta al mundo porque además tenía esas formas creativas [...] han ido generando formas de participación distintas a los que nosotros estábamos acostumbradas [...] **pero ¿cómo se organizan? desde esta manera, menos vertical, o sea, tiene otras lógicas que son muy diferentes y cómo ellos se han ido posicionando en la opinión pública a partir de estas experiencias.**

En cuanto a las formas espontáneas y/o autoconvocadas de participación de la niñez y adolescencia, se destaca que responden a lógicas distintas a la de las y los adultos, por lo que es importante conocerlas directamente, a través de ellas y ellos. Estas se caracterizan por ser más horizontales y menos centradas en la participación representativa.

A partir del discurso predominante se observa que, en la historia reciente de la niñez y adolescencia, ni el Estado, ni la familia ni la sociedad en su conjunto, han propiciado ni asegurado espacios de participación incidentes y/o institucionales a niños, niñas y adolescentes en Chile. Se observa que, a pesar de que el paradigma de protección integral de derechos, en lo formal, se instaló con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la práctica dicho grupo no ha sido concebido como sujetos de

¹⁴² Universidad de Chile (2016), Revolución pingüina: 2006-2016: Las transformaciones en la escena educacional chilena. Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/121706/2006-2016-las-transformaciones-en-la-escena-educacional-chilena>.

¹⁴³ Universidad de Chile (2021), Un hito que cambió la historia: A 10 años del movimiento estudiantil de 2011: Especialistas U. de Chile analizan sus repercusiones en la actualidad. Disponible en: Un hito que cambió la historia A 10 años del movimiento estudiantil de 2011: Especialistas U. de Chile analizan sus repercusiones en la actualidad.



derechos, sino como meros objetos de protección. Sin embargo, esto no ha impedido que niños, niñas y adolescentes ejerzan su derecho a la participación de diversas maneras y en distintos ámbitos, incluso en espacios de resistencia, con lo que se evidencia su capacidad de agencia. En el discurso mayoritario, se observa la construcción y reconocimiento del niño, niña y adolescente como un agente de cambio, vale decir, como un sujeto político e histórico.

Hay consenso en que la participación de la niñez y adolescencia, al no contar con canales institucionales para estos fines, ha buscado sus propias formas, espacios y códigos de participación. Estas manifestaciones refuerzan su capacidad de agencia y de sujeto político de los niños, niñas y adolescentes, desbordando la concepción de niñez y adolescencia como meros objetos de protección. Así también, queda en evidencia la demanda de espacios y canales institucionales para garantizar su participación en esos ámbitos.



Académica nacional de las ciencias jurídicas experta en derechos humanos

Nuestra historia reciente da cuenta de cómo los niños, niñas y adolescentes son sujetos políticos y creo que [...], eso se ha reflejado en el ejercicio afirmativo de la protesta social. No se ha reflejado desafortunadamente en un ejercicio efectivo de un derecho de participación, salvo algunos pequeños intentos que creo que fueron a la postre irrelevante como lo fue el proceso de participación ciudadana convocado por la ex presidenta Bachelet para efectos de crear una nueva Constitución, y digo irrelevante, porque esa administración finalmente generó un texto constitucional que no incluyó efectiva participación y, por otro lado, no arribó a ningún puerto en término de institucionalizarse en reformas constitucionales. Entonces, para los niños y niñas mayores de 14 años que participaron en ese proceso la verdad de las cosas es que fue una oportunidad esperanzadora, pero en último término una experiencia de mucha frustración.

Existe acuerdo en la relevancia que tuvieron las y los estudiantes en las movilizaciones que antecedieron el estallido social en Chile y que devino en un proceso constitucional para el país. Sin embargo, se advierte que, para la opinión pública, las y los adolescentes son considerados como actores sociales y políticos y, al mismo tiempo, se refuerza su imagen como peligrosa, personas sin control de impulsos y sin posibilidad de supervisión por parte de la autoridad, lo que les estigmatiza y criminaliza indebidamente.



Académico internacional
en ciencias jurídicas
experto en derecho de
familia e infancia

Salen senadores y diputados diciendo "oh que gente joven tan maravillosa" [en relación al estallido social] pero la semana después para ellos y ellas fue terrorífica, porque era como ¿qué hacían ahí en el metro?, ¿qué piensan?, ¿dónde estaban sus padres?, lo que les falta es mano dura, no tienen valores. Esa era el discurso mayoritario que había en los medios.

Por su parte, la ausencia de reconocimiento de una participación institucional de este grupo en la Convención Constitucional tiene dos lecturas. Una, que plantea que resulta paradójico que, si bien los estudiantes comenzaron este proceso, son quienes quedan excluidos de canales de participación formal, distinto de lo que ocurre con otros grupos, como los pueblos originarios o con la inclusión del criterio de paridad, por ejemplo. Una segunda lectura de lo ocurrido, señala la perfecta coherencia de su exclusión, pues el mundo adulto no ha incorporado a este grupo históricamente en instancias políticas de incidencia.

Sin embargo, se advierte en las opiniones que la exclusión de esta población era esperable, lo que responde al paradigma anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, muy presente en la sociedad chilena, donde este grupo de la población no es considerado como sujeto de derecho sino como objeto de protección. Por lo tanto, **no hay cuestionamiento de la mayor parte de la sociedad acerca de la ausencia de su participación institucional en el proceso constituyente.**





Académico de ciencias jurídicas experto en derecho de familia e infancia

Ellos son quienes saltan el torniquete literal y simbólicamente; ellos son los que dan el impulso al estallido, a este movimiento social, y ellos son los que reflejan, impulsan, pero además sintetizan el sentir de todo un pueblo. También los hace saltar a ellos como protagonistas de la historia y los hace saltar como protagonistas de este proceso; y las personas comunes y corriente, no solo las que trabajábamos en niñez, empezaron a hablar de la importancia de la participación, cómo estos chicos habían extendido el límite de lo posible, como habían ganado este espacio y se empezó a hablar, porque se había hablado en ese momento, de que pudieran votar a los 16, entonces este salto es estar en un distinto escenario, es estar simbólicamente desde distintas maneras y también es un salto para ellos mismos de su participación política y del reconocimiento social a su participación política.

Lo anterior, también se puede ver ilustrado en que, previo al estallido social, precisamente una semana antes, se había rechazado el proyecto de ley¹⁴⁴ que pretendía modificar la Constitución vigente reconociendo a la niñez y adolescencia en el texto, particularmente, incorporaba un deber general de protección de niños, niñas y adolescentes y un reconocimiento específico de sus derechos en el capítulo III de la Constitución vigente.



Académico de ciencias jurídicas experto en derecho de familia e infancia

Una semana antes del estallido social, había entrado a trámite de modificación del texto constitucional del ochenta, donde se proponía incorporar una visión sobre derechos de la niñez, el cual no paso ni el primer trámite [...] ‘Que tontería que se incorpore en el texto constitucional la mención del interés superior del niño, autonomía, no, no hace falta, eso debe ir en otra norma, no en la Constitución, esa fue la respuesta que se dio. [...].

¹⁴⁴ Boletines N°s 8167 y 1.1700.

En general el Estado, en ese momento, catalogó a estos movimientos y, en especial, a los estudiantes participantes en la revuelta social, como seres impulsivos, disruptivos y violentos, es decir, no como sujetos de derechos y agentes de cambio ejerciendo su derecho a la participación y a la protesta social. En este sentido, se advierten representaciones sociales de la adolescencia propias del paradigma tutelar.



Los canales de presión política de los niños, niñas y adolescentes son constantemente criminalizados y ahí el Estado y las instituciones no tienen ningún problema en bajar la responsabilidad penal, pero si yo no tengo en el fondo discernimiento suficiente para participar en el debate público, mucho menos podría tenerlo para que se me impute responsabilidad penal. Ahora cuando la responsabilidad penal busca neutralizar las acciones disidentes de niños, niñas y adolescentes los estás discriminando brutalmente [...].

6.2.1.6. Relevancia de la participación social de la niñez y adolescencia en el proceso constituyente

La participación es identificada por sus beneficios en diversos ámbitos, en principio, es concebida como un derecho reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, con un impacto positivo en el ámbito psicosocial de niños, niñas y adolescentes, así también como un factor protector frente a riesgos y vulneraciones. Por otra parte, se destaca su relevancia respecto a la democracia y al ejercicio de la ciudadanía. Además, se menciona que puede mejorar el proceso decisional y formulación de políticas públicas en relación a este grupo en particular¹⁴⁵.

Así, la participación social y política de la niñez y adolescencia, en la opinión mayoritaria, es considerada fundamental tanto para la sociedad como para los niños, niñas y adolescentes.

¹⁴⁵ Díaz, Daniela; Contreras, Nicolás y Bozzo, Natalia, (2017). Participación infantil como aproximación a la democracia: desafíos de la experiencia chilena. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/773/77355376006/html/>.



La participación de la niñez y adolescencia refuerza la democracia

En cuanto a la relevancia social, se destaca que la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, entre otras cosas, reforzaría la democracia, al incluir a un grupo en un debate en el que históricamente se ha encontrado ausente, con sus visiones, intereses y opiniones, y que corresponde a un 24% de población. Por ello, su incorporación traducida en participación efectiva permitiría contar con este grupo de *ciudadanos* en la discusión constitucional y, en definitiva, en el texto de la Constitución.



Académico de ciencias jurídicas experto en derecho de familia e infancia

Me parece problemático que esa generación, que hoy en día está entre nosotros, no tenga una forma de involucramiento con el proceso constituyente [...] Contando que tenemos una población mayor bastante elevada, entonces si uno quiere que las constituciones duren un tiempo razonable se debe incluir a esas generaciones en la cual va a estar a cargo de su implementación

Una Constitución es el cimiento sobre el que se construye una sociedad y no tenerlos en cuenta [a los niños, niñas y adolescentes] implica una debilidad del proyecto social que está detrás de la Constitución



Abogado de órgano internacional de derechos humanos

Así también, permitirá la inclusión de temáticas que ya no se encuentran en el imaginario de las generaciones más adultas y, si lo están, algunas se encuentran en un orden de menor prioridad, por ejemplo, los temas medioambientales. En este sentido refieren, respecto a la relevancia de su participación en la Convención Constitucional, que



Experto de Educador de organismo no gubernamental

(...) los niños, niñas y adolescentes requieren y entienden que realmente es importante avanzar en una forma de convivencia biodiversa, que nos posibilite tener un espacio donde vale la pena vivir.

La inclusión de los niños, niñas y adolescentes se concibe, así, como un elemento que refuerza la democracia, en este caso a través de la incorporación de una visión, de temas en particular, de experiencias, intereses y elementos que enriquecen el debate y el proyecto social, otorgándole mayor estabilidad y legitimidad a la Constitución Política.

La participación de la niñez y adolescencia refuerza la democracia y garantiza un cruce intergeneracional efectivo

Otro tema relevante es el resguardo intergeneracional del pacto, el que solo se podría dar si se garantiza la participación efectiva de los niños, niñas y adolescentes. La relevancia de este aspecto se menciona reiteradamente y de manera transversal por las y los expertos de las distintas disciplinas. Se pronuncian respecto a la importancia de concebir a la niñez y adolescencia y los adultos en conjunto, desde un punto de vista relacional. En este sentido, se enfatiza la importancia de lo común y de la integración de la diferencia en la construcción colectiva de un proyecto social, desde un enfoque democrático inclusivo.





Académico de las ciencias jurídicas experto en derechos humanos

Muchas veces se suele escuchar la idea de la Constitución como pactos intergeneracionales, pero curiosamente lo único que se enfatiza con ello es que la Constitución va a gobernar a las generaciones futuras, que es algo que se discute desde el siglo XVII, ¿qué atribuciones tenemos los vivos y las vivas para vincular a futuras generaciones? [...] Entonces lo que falta es preguntarse, ¿cómo hacemos para hacer un verdadero pacto intergeneracional? [...] En el caso de la infancia eso es muy ilustrativo, ya que están ahí y no se sienten incluidos, saben que algo está pasando, pero que no se sienten reflejo de lo que va a ocurrir, aunque se incorpore las cláusulas de niños, niñas y adolescentes. Puede que cometamos un error, que le reste legitimidad a la Constitución en unos años más.

Asegurar la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, incrementará la legitimidad democrática del proceso, sin desconocer la legitimidad actual de la Convención Constitucional. Esto apunta a que se incorporará a la población que posteriormente deberá implementar la Constitución Política, por tanto, su participación en el momento de su elaboración aumentará la legitimidad democrática de las decisiones que afectan a los niños, niñas y adolescentes.



Cientista social experta en niñez y adolescencia de organismo no gubernamental

Lo que ellos y ellas tienen que decir es muy importante, porque ellos son expertos en niñez y adolescencia, y tienen una mirada que nosotros y nosotras no tenemos, entonces cómo podemos entender una Carta Magna sin esa mirada. [...] Es un ejercicio de ampliar la democracia poniendo distintas dosis, distintas miradas diversas, pero además de expertos y expertas. O sea, la machi Francisca Linconao es una experta en el tema mapuche, para que decir la presidenta de la Convención [Elisa Loncón]; **los niños son expertos en niñez y adolescencia, eso es lo que quiero decir que hay una voz muy importante de rescatar.**

Los argumentos a favor de la participación de la niñez y adolescencia se pueden aplicar transversalmente en todos los espacios y ámbitos, tales como la familia, la escuela, políticas públicas, entre otras instancias. Por ello, hay que desenmarcarlas del proceso

constituyente, puesto que los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben estar presentes y deben ejercerse en los diversos ámbitos de la vida y cotidianidad de los sujetos y la comunidad.

Desde la perspectiva constitucional, el filósofo David Estlund, pone énfasis en los procedimientos al momento de evaluar la legitimidad de las instituciones democráticas. Por tanto, las buenas o mejores decisiones dependerán de la calidad del procedimiento que las generó, lo que tiene un valor en sí mismo. En este caso garantizar la participación de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento podría incrementar la calidad del proceso constituyente y así su legitimidad¹⁴⁶.

6.2.2. Nueva Constitución desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia

6.2.2.1. Visibilizar un grupo históricamente excluido

La relevancia de la visibilidad de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la práctica en el reconocimiento de este grupo a nivel constitucional y, concretamente, en la incorporación de normas constitucionales relativas a sus intereses y derechos en el texto.

Actualmente no existe mención alguna en relación a este grupo en la Constitución chilena vigente. Por su parte, se establece la importancia y el rol de la familia, estableciendo que “es el núcleo fundamental de la sociedad”¹⁴⁷. A su vez, se reconoce “el derecho preferente y el deber preferente de los padres a educar a sus hijos”¹⁴⁸. Es así como se advierte un desbalance de los derechos establecidos en la Constitución chilena porque, por un lado, no se reconoce a esta población ni sus derechos y, por otro, se protege a la familia y se establecen derechos de los padres, lo que profundiza más el desequilibrio normativo respecto a la niñez y adolescencia y, por tanto, su invisibilización.

Para fundamentar la relevancia de este reconocimiento, se ofrecen distintos argumentos, la mayoría destaca, por un lado, la importancia simbólica del reconocimiento de este grupo históricamente excluido y, otros, enfatizan el impacto que puede tener en la práctica dicho reconocimiento, considerando la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, lo que dificulta más la posibilidad de que puedan ejercer sus derechos de manera autónoma. Por tanto, la protección de sus derechos en el texto constitucional, además del reconocimiento de las obligaciones que recaen sobre el Estado en relación a su protección y ejercicio, son centrales para lograr su visibilidad.

¹⁴⁶ Estlund, David. (2011). La Autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas. Siglo Veintiuno Editores: Buenos Aires.

¹⁴⁷ Constitución Política de Chile, artículo 1°.

¹⁴⁸ Constitución Política de Chile, artículo 19, N° 10, inciso tercero.



En relación con lo anterior, el discurso predominante destaca el valor simbólico y político de los textos constitucionales, considerando que el reconocimiento de este grupo en la constitución tendría un valor reivindicatorio por su historia de exclusión.



Académica de ciencias jurídicas experta en derechos humanos y enfoque de género

El nombrar a las personas en un texto tiene un valor simbólico que es super importante. [...] ¿por qué tenemos que incluir expresamente a los niños si la Constitución dice que se asegura a todas las personas y entendemos que los niños son personas? claro, pero **hay un valor político, simbólico de los textos constitucionales y, además, hay algunos derechos que son tan particulares respecto de los niños, o que tienen ciertas particularidades respecto de ellos que sería interesante pensar en abordarlos**, sobre todo para que no quede subsumida toda la protección de los niños a las normas generales que tienen que ver con adultos [...].

Parte del discurso plantea la importancia de dicha incorporación, relacionando su invisibilización, tanto en políticas públicas como en diversos ámbitos de la sociedad, con la ausencia de reconocimiento como grupo específico en el texto constitucional. Adicionalmente, el no contar con derecho a sufragio tiene como consecuencia que su opinión e intereses se mantengan subordinados o invisibilizados. En este sentido, se destaca que la aplicación de ciertas normas, de carácter genérico, sin establecer distinciones, muchas veces excluye a aquellos que se encuentran en posiciones desventajosas. En este sentido, se advierte que en la mención de ciertos grupos específicos



Académico de ciencias jurídicas, experto en derecho constitucional de infancia

Hay una perspectiva que cree que si no hacemos distinciones las reglas van a aplicar a todos, pero lo que eso hace es tender a excluir a aquellas identidades que están invisibilizadas. Entonces los que necesitan un trato especial van a quedar detrás básicamente, y en ese sentido, tanto discapacidad como infancia son candidatos especiales a tener una regulación especial, ¿Qué es lo que esa regulación especial debería decir?, creo que es una cuestión debatida ¿Cuáles son las alternativas que yo veo interesantes? una es claramente **tener un artículo especial relativo a la infancia y a la protección de infancia, quizá en una sección relativa a protección de grupos desventajados o grupos vulnerables.**

Además, se enfatiza el riesgo de que la niñez y adolescencia quede subordinada al mundo adulto, subsumida en otras categorías como la familia, derechos de las madres y padres, si es que no se le reconoce explícitamente en el texto constitucional. Esto es lo que ocurre con la Constitución vigente, en que se ponderan los derechos de las y los adultos, en su condición de padres y madres, por sobre de los derechos de este grupo específico.



Académico de ciencias jurídicas, experto en derecho constitucional

(...) si el único reconocimiento para la infancia es uno que va a través del mundo adulto ahí tenemos una forma de reconocimiento supeditada u oblicua que puede terminar invisibilizando los derechos de la infancia. **Entonces, me parece a mí que los criterios de la Convención como la autonomía progresiva, interés superior del niño y el reconocimiento expreso de niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos fundamentales, son los puntos de partida para un reconocimiento constitucional.**



6.2.2.2. Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos

En cuanto al reconocimiento constitucional de la niñez y adolescencia como sujetos de derechos, existe consenso en la importancia de establecer de manera explícita su estatus jurídico. Este reconocimiento implica consagrar su titularidad de todos los derechos. Es por ello que se consideró la Convención sobre los Derechos del Niño como un cambio paradigmático, al menos en el ámbito formal.

En este mismo sentido, se considera el reconocimiento constitucional de la niñez y adolescencia de manera explícita como un factor que puede incidir en un nuevo imaginario de la sociedad chilena, generando un cambio cultural que reconozca a los niños, niñas y adolescentes como titulares de los derechos de todas las personas.



Académica nacional de ciencias jurídicas experta en derechos humanos y enfoque de género

(...) a mí me parece que, por ejemplo, reconocer que niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos y decirlo expresamente, a pesar de que la Constitución de hoy en día no lo dice, pero evidentemente tampoco lo prohíbe, hace que tengamos ese imaginario que los derechos de la Constitución fueran solo para las personas adultas.

El reconocimiento de este grupo en la Constitución Política irradiaría los diversos ámbitos de la sociedad, estableciendo un estándar y mandato de tratamiento a la niñez y adolescencia de parte de los órganos del Estado. El impacto de este reconocimiento en la práctica, según la opinión experta, también debiera incidir en la efectivización de sus derechos, a través de políticas públicas, programas y planes que pongan en el centro los derechos de los niños, niñas y adolescentes.



Académico y educador nacional experto en niñez y juventudes

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** y ahí estoy pensando que hay instituciones —de las que hablamos poco— que atienden a niños, niñas y jóvenes y que también reproducen lógicas adultocéntricas. [...] **El sistema educativo, el sistema de salud, el sistema judicial, las policías, el mismo deporte, las prácticas deportivas son prácticas muy adultocéntricas [...]**

Por su parte, uno de los expertos plantea el reconocimiento constitucional de los niños, niñas y adolescentes como una deuda del Derecho, relevando que, en el ámbito jurídico, quienes integran este grupo han sido concebidos como incapaces, haciendo relevante su reconocimiento como sujetos de derechos en la Carta Política. Así también, se menciona la **importancia del reconocimiento de las niñas**, desde un enfoque de género, lo que implica que se incorpore explícitamente dicho vocablo, como parte de la reivindicación feminista en parte de la sociedad.





Académico nacional y abogado de organismo no gubernamental experto en derecho de niñez y adolescencia

Si los niños han vivido un mundo de no derechos, el derecho ha sido parte de esa exclusión, [...] para algunas personas "basta con que digan derechos para todas las personas", pero sabemos que no es así porque los niños son sujetos, pero incapaces, ese fue el pacto de la ilustración, y lo mismo pasa con las mujeres, la violencia contra las mujeres, el derecho y el derecho penal también tiene culpa de esa construcción, tiene esa responsabilidad. Entonces, por eso es necesario deconstruir y construir algo alternativo, entonces por eso yo creo que deberían estar de todos modos [en la nueva Constitución]. [...] **Entonces ¿Como no van a estar los niños, niñas y adolescentes?, eso es lo primero. Segundo, es muy importante que estén las niñas.** [...] Hay muchos indicadores y nosotros seguimos viendo que hay una situación de desmedro importante de las niñas en comparación con los niños, en muchos de ellos y bastante grueso, trabajo infantil, dedicación al hogar, son una serie de cuestiones que hemos ido cambiando porque la educación juega un buen rol, pero después están las legislaciones del sexismo dentro de la legislación misma, pero ya por lo menos están en la misma cancha

6.2.2.3. Por una ciudadanía social de los niños, niñas y adolescentes

En Chile, la ciudadanía ha estado vinculada con el derecho a voto y a la nacionalidad, por tanto, a la mayoría de edad (18 años), condición que excluye a niños, niñas y adolescentes. El artículo 13 de la Constitución Política señala que "son ciudadanos 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 confieran (...)". En este sentido, **el concepto de ciudadanía es acotado y excluyente respecto de diversos grupos, tales como niños, niñas y adolescentes y migrantes.**

La ciudadanía se encuentra vinculada con el ejercicio de los derechos de participación que, a la vez, se encuentra directamente relacionada con la concepción del niño, niña o

adolescentes “(...) como sujeto con autonomía para pensar, expresarse y decidir”¹⁴⁹. Las y los adultos, que al parecer tienen más resistencias al momento de aceptar a los niños, niñas y adolescentes como agentes, particularmente son quienes cuestionan su capacidad para ser ciudadanos, e incluso les conciben como irracionales e incompetentes¹⁵⁰.

Sin embargo, es importante señalar que la ciudadanía de niños, niñas y adolescentes es un concepto que surge en el discurso mayoritario de las y los expertos, pero en un sentido distinto a la concepción de la ciudadanía que recoge la Constitución Política de Chile. Así, se cuestiona la estrecha relación de la ciudadanía con la edad como condición o límite para ejercerla y concebirla. En este sentido, la opinión experta coincide en un concepto amplio de ciudadanía. Desde un enfoque de derechos este elemento es central, pues releva su capacidad de agencia, elemento necesario para superar un reconocimiento de niños, niñas y adolescentes y sus derechos desde una perspectiva paternalista y tutelar.



Abogada miembro de organismo internacional de derechos humanos

La ciudadanía social no se alcanza por arte de magia cuando cumples los 18 años [...] El concepto de ciudadanía social es el concepto de la participación, de la pertenencia, de que formo parte de mi comunidad (...). Entonces, construir ciudadanía social es la participación, es hacerte parte de la colectividad donde vives, de tu hogar, de tu comunidad, de tu escuela, de tu iglesia de todos esos espacios que construimos en nuestras naciones. Entonces me parece que el debate puede darse en esta diferenciación que debemos hacer de cómo construimos la ciudadanía social desde nuestras comunidades, es con la participación y con la inclusión, con el poder darte cuenta de los problemas de tu comunidad. [...].

En relación con lo anterior, es importante mencionar que el discurso mayoritario coincide en que es necesario desarticular el concepto de ciudadanía, tanto de la edad como de la nacionalidad. Se plantea un concepto más amplio, donde se reconocen otras formas de ejercer la ciudadanía en la construcción de un proyecto social, incluso de un país, en que los niños, niñas y adolescentes tendrían protagonismo.

¹⁴⁹ Gaitan, Lourdes (2018). Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”. Ediciones Complutenses, p.22.

¹⁵⁰ Gaitan, Lourdes (2018). Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”. Ediciones Complutenses, p.23.





Abogado de organismo internacional de derechos humanos

La idea de ciudadanía para mí está muy asociada a la posibilidad de participar en los procesos sociales, pero la idea de ciudadanía de nuestras constituciones está muy vinculada con cumplir con los requisitos para votar y esa es una idea muy mezquina. Entonces, la Constituyente [...] **no puede o no 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.**

Así, se requiere un cambio en el concepto de ciudadanía en la Carta Fundamental, a uno más inclusivo, donde el Estado y demás instituciones relacionadas con este grupo deben establecer otro tipo de relaciones con ellas y ellos. Todos los actores, incluso la familia, el personal de establecimientos educacionales, entre otros, deben vincularse de otro modo con los niños, niñas y adolescentes, reconociendo su calidad de sujetos de derechos y agentes.



Académica nacional de ciencias sociales experta educación e infancia

Los niños [...] en situaciones de extrema vulnerabilidad donde no hay acceso a escolaridad o no viven con familias tradicionales, no hay ningún reconocimiento a ese sujeto, en qué lugar cabe, solo es un lugar de desecho. Entonces el estatuto de ciudadanía es relevante porque permite instalar las niñeces en un estatuto de reconocimiento, como un otro, que tiene derecho ¡qué existen! Es que este es un tema, porque los niños son hijos o son alumnos. Eso tiene efecto en las vidas diarias de ellos, en la pandemia, sobre todo, ellos quieren jugar, pero ¿cómo lo hacemos o lo pensamos? eso se piensa solamente desde las matrices de lo que pueden hacer los papás y la escuela. [...] Pensar en ciudadanía nos da el paso para pensar en un espectro amplio de instituciones que acompañen estos procesos.

En definitiva, hay que considerar la estrecha relación entre ciudadanía y participación política, donde ambos conceptos incluso pueden ser homologables, puesto que el estatus de ciudadano considera el ejercicio de estos derechos, en especial el de participación.



Académico ciencias jurídicas experto en derecho constitucional

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.**

De esta manera es fundamental visualizar e implementar espacios de participación social y política inclusivos y adecuados, que permitan la incorporación de niños, niñas y adolescentes y su participación con incidencia en la orientación del gobierno y lo público.

6.2.2.4. Constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos

Es importante relevar 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 febrero de 2022, nuestro país ha suscrito y ratificado la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, no obstante, aún existen algunos pendientes¹⁵¹.

El derecho internacional de los derechos humanos no responde específicamente sobre cómo se deben incorporar los tratados internacionales de derechos humanos en la normativa interna, ni tampoco define qué rango constitucional debiesen tener. Sin

¹⁵¹ 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.



embargo, de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados (1969)¹⁵², 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 aquellas¹⁵³.

En Chile, la norma que se ha aplicado para determinar el rango constitucional ha sido el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de 1980, lo que ha significado, en la práctica, contar con diversas interpretaciones sobre la materia, incluso contradictorias entre sí. Esto se ha traducido en la dificultad de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno por lo que existe el desafío de explicitar con claridad dónde se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos.



Académico ciencias jurídicas experto en derechos humanos

Creo que fuera deseable una cláusula, por un lado, más clara que la cláusula actual donde 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 al conjunto de estándares y principios del derecho internacional de derechos humanos. Creo que [...] debiera encaminarse hacia una cláusula que refiere a cómo se consideran diversos estándares, la jurisprudencia de los sistemas internacionales de derechos humanos, los pronunciamientos de los Comités, entre otras cosas, y ciertos principios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos.

A partir del año 2004, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en nuestro país (Corte de Apelaciones y Corte Suprema), han acogido sustantivamente y de manera progresiva el derecho internacional de derechos humanos¹⁵⁴. Sin embargo, aún es posible observar ciertas dificultades en dicha recepción. Por ejemplo, el Tribunal

¹⁵² 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.

¹⁵³ Nash, Claudio. (2020), Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, p. 34.

¹⁵⁴ Nash, Claudio (2020)., Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, p. 35.

Constitucional ha considerado que los tratados internacionales tienen rango legal¹⁵⁵, lo que ha tenido efectos restrictivos en la interpretación de los derechos que allí se consagran.



Académico de ciencias jurídicas experto en derecho constitucional

En Chile tenemos este problema inmenso con los tratados de derechos humanos, que es que no tenemos idea cuál es su estatus normativo, el Tribunal Constitucional dice una cosa, la Corte Suprema dice otra; los jueces de instancia llegan y fallan contra todo, no tenemos idea. Entonces, buscar cierta estabilidad en relación a cuál es el estatus, es algo deseable y se hace habitualmente en los países **decir “mire todos los derechos humanos que son establecidos en esta Convención son también parte de esta Constitución”**. Creo que eso sería incorporar mayor protección a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, especialistas en derechos humanos entrevistados señalan la importancia de incluir otros elementos a esta norma de reconocimiento del rango constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, que excede el establecimiento de su jerarquía, por ejemplo, incluyendo instrumentos internacionales de derechos humanos específicos, normas interpretativas, entre otros elementos.

6.2.2.5. Principios y derechos relativos a la niñez y adolescencia en la Constitución

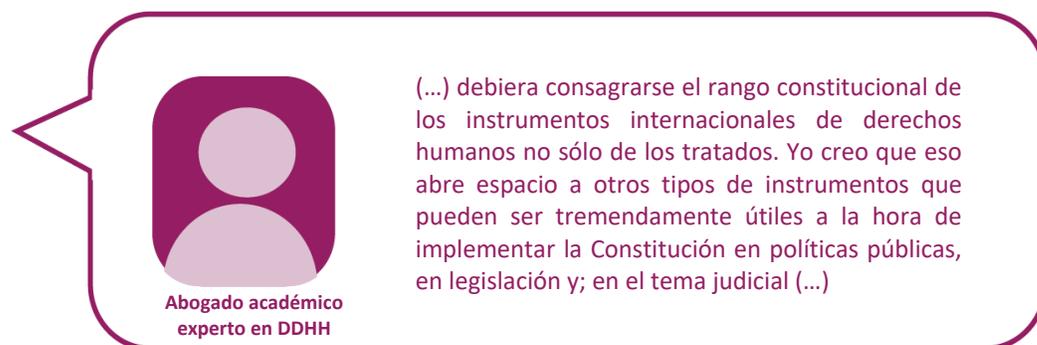
Si bien la importancia del reconocimiento de la niñez y adolescencia es transversal en el discurso mayoritario, se identifican posiciones divergentes en relación a qué principios y/o derechos deben ser reconocidos en la nueva Constitución.

Parte de la opinión experta insta por establecer principios y/o derechos específicos de la niñez y adolescencia, tales como los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño o derechos específicos, entre los cuales mencionan el derecho al desarrollo integral, derecho a vivir en familia, derecho a ser protegido contra la violencia y el derecho a la participación, por ejemplo.

¹⁵⁵ Nash, Claudio (2012). Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno.



Así también, una parte de las y los expertos señala la relevancia de establecer menciones específicas, en relación a niñez y adolescencia, en derechos genéricos reconocidos a toda persona.



Según se advierte, en la experiencia internacional, las fórmulas que se adoptan dependen de diversos factores, entre los cuales se encuentran tradiciones constitucionales, elementos socioculturales, contingencia, entre otros. En algunos casos se observa la incorporación de más derechos específicos que otros, con mayores detalles e incluso la consagración de derechos genéricos con menciones especiales sobre este grupo.

Principios relativos a derechos de niñez y adolescencia

Los principios son cláusulas generales y abstractas que reflejan los valores superiores que inspiran a una sociedad en un tiempo y lugar determinado (por ejemplo, la igualdad y la libertad). Los principios permiten guiar la interpretación de los derechos y moldearán su contenido¹⁵⁶. Estos tienen un rol interpretativo que obliga a todos los órganos del Estado a observar y a orientar su actuación en orden a su realización. Además, los principios no son solo retórica, tienen eficacia normativa al estar consagrados en la Constitución “en la medida en que inspiran y guían la legislación, el desarrollo de la institucionalidad y la elaboración de políticas públicas. En este sentido, no se pueden adoptar decisiones políticas que contravengan estos principios y, a la vez, todo el ordenamiento debe dirigirse a conseguir la realización de dichos mandatos”¹⁵⁷. A su vez, por su textura abierta, permiten a la Constitución adaptarse a los tiempos. Así, parte del discurso enfatiza la importancia de la coherencia que debe observar el texto constitucional entre principios, derechos y demás normas constitucionales.

¹⁵⁶ Nash, Claudio (director) (2020). Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, Konrad Adenauer Stiftung, prólogo de Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler, p. 19.

¹⁵⁷ Nash, Claudio (director) (2020). Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, Konrad Adenauer Stiftung, prólogo de Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler, p. 21.



Abogado ciencias jurídicas
experto en DDHH

Si hay una desconexión entre principios y el catálogo de derechos, ahí es donde empiezan a producirse tensiones que no siempre implican una concreción de esos derechos en la realidad de las leyes, de las políticas públicas, de las decisiones judiciales, etc.

Si bien se observan posturas diversas en cuanto al detalle de las normas referidas a los niños, niñas y adolescentes, se advierte que la mayoría destaca la importancia de reconocer los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, no todos los expertos coinciden en su reconocimiento como derechos y algunos, incluso, en el discurso equiparan los principios y los derechos.



Académico y abogado
experto en derechos
humanos de órgano de
derechos humanos

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 sobre los Derechos del Niño, que han sido desarrollados más aún por el Comité de Derechos del Niño y que han sido aplicado después por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me refiero al principio del interés superior del niño, del derecho a ser oído y de la autonomía progresiva. Uno puede pensar en otros, pero esos tres 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 y para la elaboración de diversas políticas públicas.

[...] No creo que sea necesario modular cada derecho, quizás en esa formulación general se pueden enumerar los principios de interés superior, de autonomía progresiva, como principios estructurales que debiese tener esa institucionalidad bajo la nueva Constitución.



Académico nacional de
ciencias jurídicas
experto en filosofía



Principios transversales en el texto constitucional

Si bien los enfoques, como género, interseccionalidad e interculturalidad, entre otros, no son mencionados de manera predominante por la opinión experta, particularmente los especialistas en derechos humanos plantean que, al ser parte del compromiso internacional, deberían incorporarse en la nueva Constitución como principios transversales:



Académica nacional de ciencias jurídicas experta en derechos humanos

Todos estos enfoques tienen que estar presentes, no hay alternativa a que no estén, o sea, si hay un mandato expreso del Estado a incorporar estos enfoques, porque son enfoques que implican obligaciones ineludibles del Estado en derechos humanos y, el enfoque de género, la interseccionalidad, es relevante para evitar revictimizaciones o escenarios más agudos de discriminación. [...] Esto tiene que ver con los marcos de principios que van a actuar o que van a quedar recogidos en la Constitución. El principio de autonomía, el principio de igualdad y no discriminación, el principio de la interseccionalidad y la interculturalidad, como principios transversales en nuestra convivencia política [...].

Si bien se observan posturas diversas en cuanto al detalle de las normas referidas a los niños, niñas y adolescentes, se advierte que la mayoría destaca la importancia de reconocer los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, no todos los expertos coinciden en su reconocimiento como derechos y algunos, incluso, en el discurso equiparan los principios y los derechos

En cuanto a los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, a saber, el principio de la no discriminación, interés superior del niño, niña y adolescente, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el de participación, parte importante del discurso converge en la importancia de su incorporación en la norma constitucional. En este contexto algunos abogan por hacerlo de manera pormenorizada, mencionando cada uno de los principios y otros, señalando que podría bastar con la constitucionalización de la Convención.

Si bien el discurso predominante menciona a algunos de estos (principalmente interés superior del niño, no discriminación y participación) no siempre se mencionan como principios, sino que a veces se refieren a ellos como derechos. Es importante señalar que reconocerlos de una u otra manera, como principios o como derechos, tiene distintas implicancias. La más importante, por cierto, es que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos y se les puede demandar su protección ante

vulneraciones o amenazas en instancias jurisdiccionales, a diferencia de los principios, que se refieren a directrices o estándares de actuación que deben observar los órganos del Estado, pero respecto de los que, generalmente, no se puede demandar su protección propiamente tal. Si bien cumplen funciones diversas, ambos se complementan y refuerzan recíprocamente.



Principio de igualdad y no discriminación

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2:

“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 familiares”.

El principio a la igualdad y no discriminación es mencionado reiteradamente en el discurso como fundamental respecto a aquellos principios vinculados a la niñez y adolescencia.

La existencia de una desigualdad estructural entre los niños, niñas y adolescentes y los adultos, sumado a una sociedad esencialmente adultocéntrica, ha traído como consecuencia la invisibilización y subordinación de este grupo social en diversos ámbitos sociales.

Lo central en este principio es resguardar que el Estado no discrimine entre los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, se menciona el caso chileno de quienes se encuentran bajo el cuidado del Estado y han experimentado violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, situación constatada por el Comité de los Derechos del Niño (2018).

¹⁵⁸ 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 comunicativo.



Es más, se señala este principio como estructurante del diseño constitucional que debiera orientar la Carta Política de Chile.



Académico de ciencias jurídicas experto en derechos humanos

Puede ser una innovación de Chile, respecto de otras constituciones, tener un diseño que se haga cargo de las formas de discriminación múltiples o las formas de discriminaciones interseccionales. Estoy pensando en niños, niñas y adolescentes de pueblos indígenas, con VIH-SIDA y con otras de las disidencias sexuales, donde se producen cruces discriminatorios por sus características individuales, por el contexto en el que están, por su identidad cultural que hacen que sea todavía más complejo para ellos el goce y el ejercicio de sus derechos. Creo que ese es un tema que tenemos una buena oportunidad [...] en una buena regulación del principio de igualdad y no discriminación, que establezca la obligatoriedad de medidas efectivas, también incorporar las formas de discriminación múltiple y la prioridad que debiera darle el Estado para adoptar medidas eficaces para erradicar esas formas de discriminación por las graves consecuencias que estas traen para los titulares de derecho.

Por su parte, si bien hay consenso sobre reconocer este principio, de igual modo se considera insuficiente en cuanto no logra garantizar, en igualdad de condiciones, el ejercicio de los derechos de los grupos históricamente discriminados e impedir las violaciones de sus derechos. Por lo que se hace necesario efectivizar sus derechos a través de políticas públicas que generen condiciones de mayor igualdad al momento de ejercerlos, específicamente por los niños, niñas y adolescentes.



Académico de ciencias jurídicas experto en derechos humanos

Si bien la Constitución debe consagrar un principio general de igualdad y no discriminación, que además explicita la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa para generar condiciones de igualdad, si bien eso es un piso mínimo, no es suficiente y me da la impresión que para hacerse cargo en Chile de las violaciones de grupos históricamente discriminados hay que visibilizar esa situación y adoptar normas específicas.



Principio de prioridad e interés superior del niño, niña y adolescente

Convención sobre los Derechos del Niño:

“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.”



El **Comité de Derechos del Niño**, establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus intereses sean una consideración primordial en las medidas y las tomas de decisiones que les afectan. Se ha considerado, por la doctrina, que “el interés superior del niño es un principio de prioridad y no de exclusión de otros derechos, así no se formula en términos absolutos, sino que es calificado como “una consideración primordial”.¹⁵⁹

Respecto a los principios que apuntan a establecer el estándar de un trato diferenciado respecto a este grupo específico por parte de los órganos del Estado, se enfatiza la importancia de incorporar un principio de priorización del actuar del Estado en relación a estos. Se precisa que este principio de prioridad debe ser relativo y no absoluto, puesto que su aplicación no se puede traducir en la discriminación de otros grupos específicos.

¹⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General N° 14 el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).





Académico de ciencias jurídicas
y especialista en derecho de
infancia de organismo no
gubernamental

Sobre los niños en el texto constitucional obviamente el reconocimiento que son sujetos de derechos es clave, y alguna referencia a un principio de prioridad [...] nunca puede ser excluyente del resto [...] Entonces no podemos hacer primar a un colectivo por sobre otro, en forma absoluta, pero sí una prioridad no excluyente.

Desde el ámbito de las políticas públicas, se menciona la importancia de establecer un deber preferente de actuación del Estado en relación a los derechos niños, niñas y adolescentes. Esta garantía se concibe central para el efectivo ejercicio de sus derechos en la práctica.



Académico ciencias
jurídicas experto en
derechos humanos

La ley establecerá una sistema de protección integral de derechos de la infancia y la adolescencia cumpliendo los estándares internacionales a los cuales Chile está obligado, conforme al artículo 3 de la Convención y un deber entonces preferente, concreto y efectivo de garantía, promoción y protección de los derechos de infancia y la adolescencia; no creo que sea necesario modular cada derecho, quizás en esa formulación general se pueden enumerar los principios de interés superior, de autonomía progresiva, como principios estructurales que debiese tener esa institucionalidad bajo la Nueva Constitución.

Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución

La incorporación de los derechos en la Constitución Política cumple dos funciones, una objetiva y otra subjetiva. La primera, limita el contenido del poder político, es decir, establece lo que se puede hacer o no legítimamente y, además, produce un efecto de irradiación, pues su contenido condiciona las normas del ordenamiento jurídico. En cuanto a la faz subjetiva, se refiere a reconocer los derechos como pretensiones exigibles directamente por las personas¹⁶⁰.



Académico ciencias jurídicas experto en derechos humanos

La nueva Constitución debiese seguir en temas de infancia un camino parecido de lo que han reclamado las mujeres para lo que han denominado como una Constitución con enfoque de género, es decir, **que exista una especie de principio general que reconozca los principios generales de la infancia y deberes estatales, eso es difícil que no vaya a ocurrir, pero ciertamente no es suficiente. Es necesario también que existan cláusulas de derechos que no solamente tienen que incorporar un reconocimiento de derechos generales para niños, niñas y adolescentes, sino que también desperdigar en las distintas partes de la Constitución el reconocimiento explícito de niños, niñas y adolescentes por su supuesto en las áreas más obvias como el ámbito educacional.**

Como previamente mencionamos, existen países, como Argentina, donde el reconocimiento de derechos de la niñez y adolescencia se dio con la incorporación constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vez de optar por el reconocimiento de este grupo de manera explícita y sus derechos específicos en la Carta Política.

¹⁶⁰ Nash, Claudio (director) (2020). Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, Konrad Adenauer Stiftung, prólogo de Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler, p.18.





Académico y experto en derecho de infancia de organismo no gubernamental

Los argentinos tomaron la decisión de incorporar algunos tratados internacionales derechamente en el texto constitucional, y en ese caso varios de los problemas que estamos hablando de la autonomía se hubieran resuelto, o sea, si eso entrara así, quizás no es elegante desde el punto de vista jurídico, hablaría mal de nuestra capacidad de escribir una Constitución, pero es práctico.

Si bien no existe una única fórmula para incorporar la normativa de niñez y adolescencia en la Constitución Política, el discurso mayoritario menciona que es relevante reconocer a este grupo de manera explícita, como sujetos de derecho, así como también establecer derechos específicos de la niñez y adolescencia. Algunos también refieren la importancia de explicitar las especificidades relativas a los niños, niñas y adolescentes en aquellos derechos generales, tales como en los derechos a la educación y salud, entre otros, donde omitir estas menciones especiales respecto a este grupo podría redundar en una aplicación de la norma que les excluya o perjudique¹⁶¹.

En cuanto a la definición sobre qué derechos de la niñez y adolescencia deben incorporarse a un texto constitucional no existe una única postura. Lo anterior tiene relación con diversos factores, entre ellos, la tradición constitucional de los países, que se vincula con la brevedad o extensión de dicha Carta, con la coyuntura política y social en la cual se produce la promulgación de la nueva Constitución o de su reforma, entre otros. En este apartado se establecerán las posiciones más relevantes a este respecto y sus justificaciones, de acuerdo a la opinión de las y los expertos.

¹⁶¹ Asimismo, parte minoritaria del discurso advierte riesgos de quedarse en ciertos temas controversiales o trasladar discusiones infructuosas que se han dado ante el Tribunal Constitucional de Chile a la Convención Constitucional. En relación a este tema hay quienes manifiestan que sería relevante evitar ciertos conceptos que podrían entrapar la discusión y quizás impedir avanzar en garantizar derechos. Particularmente se hace referencia al concepto de autonomía progresiva y a derechos y deberes de los padres. Por ejemplo, el 05 de julio de 2021, ingresó al Tribunal Constitucional un requerimiento de inconstitucionalidad que impugna el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez. Las diputadas y diputados requirentes afirman que se vulneraría el derecho preferente de los padres a la educación de sus hijos y la libertad de enseñanza por ciertos preceptos de dicha ley.

Se advierte una postura minimalista respecto a las normas de niñez y adolescencia que se debieran incorporar en la Constitución Política. Es importante mencionar que el discurso mayoritario destacó que, en el contexto de la Convención Constitucional de 2022, se adelantaba que la nueva Constitución de Chile podría caracterizarse por ser declarativa, lo que implicaba que ciertos grupos históricamente excluidos serían visibilizados, entre los cuales se encontraban los niños, niñas y adolescentes.



Académica de ciencias jurídicas experta en derechos humanos

Esta Constitución [refiriéndose al contexto de la Convención Constitucional] (...) va a ser muy declarativa porque los paradigmas que está rompiendo son súper complejos, arraigados durante la historia de una sociedad colonial, oligarca, patriarcal y que excluye en relación al edadismo a un sector importante de la población como son los mayores y los niños, entonces es una autocracia de adultos entre 30 y 60.

También es importante mencionar que parte del discurso destaca la importancia de aplicar el enfoque de derechos de manera transversal en la Constitución Política, lo que implica incorporar en sus diversas partes (principios generales, catálogo de derechos, orgánica, entre otras) ciertas formulaciones que digan relación con los derechos humanos, en este caso respecto a niños, niñas y adolescentes específicamente.



Académico de ciencias jurídicas experto en derechos humanos de órgano de derechos humanos

En el preámbulo como en los principios base se debiera establecer alguna relación a la obligación del Estado en materias de derechos humanos; en relación acciones afirmativas y grupos de especial protección y respecto a niñez e infancia. Después está el capítulo de derechos fundamentales, donde sería deseable que hubiera una cláusula que se refiriera específicamente a los grupos de especial protección, no sé si esa cláusula debiera estar en ese capítulo o en el primer capítulo de bases y principios, es algo que habrá que discutir y después que haya diversos derechos específicos de distintos grupos de especial protección y aquí debiera haber derechos de niños, niñas y adolescentes.

Respecto al capítulo o sección donde debe establecerse dicha incorporación tampoco existe una única postura. Sin embargo, desde un enfoque de derechos de la niñez,



aplicado transversalmente en la Constitución, se enfatiza la importancia de diseminar la mención de los derechos de la niñez y adolescencia, lo que es planteado, particularmente, por las y los expertos en derecho internacional de los derechos humanos.

Así también, parte importante del discurso destaca la importancia del contexto social del país en el cual se discute la Constitución y/o sus reformas, así también le asignan una importancia principal al lenguaje que se utiliza en relación a las provisiones que se incorporan en el texto constitucional. En este sentido, se sugiere adherirse al lenguaje de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que evitaría mayores conflictos o debates al respecto.

En el discurso mayoritario, se detectan algunos derechos mencionados con más frecuencia que otros, por ejemplo, en el ámbito de los derechos generales, aquellos referidos a derechos económicos, sociales y culturales, tales como derecho a la educación, vivienda, salud y, otros, en relación a derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes, tales como derecho a la participación, la protección contra la violencia, entre otros. A continuación, se revisarán estos derechos. Distinguiendo entre derechos generales y derechos específicos de la niñez y adolescencia.



Derechos específicos de la niñez y adolescencia

Desde el enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, la visibilidad de este grupo en el texto constitucional se traduce, entre otros elementos, en la incorporación de normas relativas a niñez y adolescencia.

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos que les corresponden a todas las personas y, además, tienen derechos específicos y especiales derivados de su condición, los que se traducen en deberes específicos para la familia, la sociedad y el Estado.

En cuanto a los derechos específicos de la niñez y adolescencia, el discurso mayoritario se refiere, sobre todo, a los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, como antes se mencionó, asimilando principios a derechos¹⁶².

¹⁶² El discurso mayoritario, no refiere especialmente a los derechos y garantías de los adolescentes en conflicto con la ley. Excepcionalmente, refieren al debido proceso adaptado a las características de las personas menores de edad y, en ese sentido, al concepto de justicia juvenil que han desarrollado los especialistas en la materia.

No obstante, uno de los expertos destaca que hay que considerar la historia de la infancia en Latinoamérica, período en el cual ha imperado una visión tutelar de la niñez y adolescencia, lo que ha permitido, bajo la excusa de esta *protección*, la infracción de derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, asociados el debido proceso, planteando que:

[t]eniendo en cuenta esa experiencia histórica habría que buscar si es que fuera posible, reforzar, cuando dice nadie, ningún habitante de la república, o ningún ser humano podrá ser detenido, sino en flagrante delito por orden escrita de la autoridad competente o de la autoridad judicial competente, pese a la cláusula constitucional en homenaje a la cultura de la protección esa cláusula de la protección ha sido violada

Es importante destacar que, dentro de los derechos más mencionados por las y los expertos, se encuentra el derecho a la participación, tanto por su centralidad en el ejercicio de los demás derechos como por su importancia respecto a la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así también se mencionan el derecho a su desarrollo integral, el derecho a vivir en familia y el derecho a ser protegido contra la violencia.



Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes

Convención sobre los Derechos del Niño

- **Artículo 12 y 13:** Derecho a la libertad de expresión.
- **Artículo 14:** Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- **Artículo 15:** Derecho a la libertad de asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas.
- **Artículo 17:** Derecho acceso a la información.



Es importante mencionar que el principio de participación es uno de los estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este no es tan solo un derecho, sino que también un principio necesario para la realización de todos los demás derechos¹⁶³.

El **Comité de los Derechos del Niño**, señala que la participación se debe entender como “procesos permanentes, como intercambios de información y diálogo entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de los procesos”.¹⁶⁴

Es importante recordar que, desde la perspectiva del académico O’Mahony, además de la visibilidad, el criterio de agencia es fundamental al momento de aplicar el enfoque de

sistemáticamente, tomando en cuenta esta historia habría que ver cómo en la nueva Constitución estas garantías si se pudiera explicitar de alguna forma que estas garantías no admiten ningún tipo de excepción no estaría mal (académico y abogado internacional de organismo no gubernamental).

¹⁶³

Unicef (2022). Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes. Serie de formación sobre el enfoque basado en los derechos de la niñez. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

¹⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General N°12 el derecho del niño a ser escuchado.



derechos en la Constitución. En este ámbito, el derecho a la participación tiene un rol fundamental, puesto que apunta al ejercicio autónomo de los derechos desde una perspectiva progresiva, alejándose de concepciones paternalistas y tutelares de la niñez y adolescencia.



Académico de ciencias jurídicas experto en derechos humanos

La participación es otra clave que luego permite que desde la Constitución se irradie al sistema normativo, a las políticas públicas y a las decisiones judiciales.

Este concepto de la participación hay que trabajarlo con esta concepción de ciudadanía y vincularlo a esta concepción del desarrollo pleno e integral con todas las dimensiones como un bien valor de la sociedad que tenemos que asegurar para que haya niñez y adolescencia sana y satisfecha, y al final vamos a tener ciudadanos y ciudadanas.



Académica de ciencias jurídicas, abogada y miembro de organismo internacional de derechos humanos

En este sentido, la mayoría de las y los expertos, señalan que el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes es central a la hora de concebirlos como sujetos de derechos. El discurso mayoritario, además, destaca que, el reconocimiento y el ejercicio del derecho a la participación no debe depender de la edad, sin embargo, se debe considerar para el diseño e implementación de mecanismos adecuados acorde a los distintos rangos etarios.

En relación a los ámbitos de participación de niños, niñas y adolescentes, aun cuando la opinión experta es transversal en relación a que este derecho debiera asegurarse en los más diversos ámbitos, parte de las y los expertos destaca que es fundamental garantizarlo en ámbitos tales como la familia, la escuela y la comunidad de manera prioritaria, por ser espacios más próximos, cotidianos y propios. Así también se enfatiza la importancia de asegurar el derecho a la participación en el ámbito de la política pública.



Académica de ciencias sociales experta en políticas públicas familia e infancia

Donde quizá le hace más sentido a los niños, niñas y adolescentes participar e involucrarse en conjunto con otros niños, niñas y adolescentes [es en] ámbitos tan cruciales como la educación, la salud, la definición del espacio público en términos de la infraestructura, el tema de la vivienda; hay tantos temas que son fundamentales para el desarrollo de ellos y ellas, que debieran iluminar las decisiones que se toman [...]

Los niños, niñas y adolescentes también deben tener [espacio de participación] en las distintas expresiones de política pública del país. Creo que la mejor manera de promoverlo es volviendo a lo local y al territorio, a pesar de que los niños, niñas y adolescentes tienen otra forma de vincularse que no están necesariamente asociadas al territorio, sino mucho más a las redes sociales y, a veces, eso es mucho más efectivo que el trabajo comunitario.



Académica de ciencias sociales experta en políticas públicas familia e infancia

En relación con la autonomía progresiva

El discurso predominante hace mención al concepto de autonomía progresiva, que se encuentra estrechamente ligado al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente respecto al derecho a la participación.

En relación al derecho a participación, el discurso mayoritario plantea la importancia de un cambio cultural, en el mundo adulto, donde se aprecia mucha resistencia al momento de escuchar y considerar la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los más diversos ámbitos y asuntos.





Cientista social
especialista en salud
mental

Es una posibilidad para los adultos acercarnos a esa participación y una posibilidad para los adolescentes de expresar cosas que incluso se sorprendían de lo que decían, que emergieran esos contenidos, esas ideas y que fueran tomados desde una valoración, porque cuando son valorados tienen más posibilidad de pensarse como iniciativa y eso me parece que es importante, formar una alianza para acompañarse.



Derecho al desarrollo integral

Convención sobre los Derechos del Niño:

- **Artículo 6:** Los Estados Partes deben garantizar la vida, la supervivencia y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes en su máxima medida.
- **Artículo 27:** Se reconoce el derecho de la niñez a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo. Es obligación del Estado adaptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho.



El **Comité de Derechos del Niño** señala que los Estados interpreten el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como 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 niños.¹⁶⁵

El discurso predominante reconoce el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, como principio central en lo que respecta a un reconocimiento constitucional. Es importante mencionar que, con la Convención sobre los Derechos del Niño “[...] se reconoce al niño el carácter de "persona humana portadora de demandas sociales" y sujeto de derecho”¹⁶⁶ y, en este sentido, se les concibe como sujetos que deben ser protegidos en todo su proceso de desarrollo y, a su vez, a raíz de esta necesidad de protección surgen obligaciones especiales que deben cumplir el Estado, su familia y la sociedad respecto a ellas y ellos.



Académico internacional de ciencias sociales

"[en relación a los elementos mínimos a considerar en una constitución] (...) el derecho del niño al desarrollo y a la realización de sus necesidades, eso sí o sí derechos sociales, tener derechos sociales.

El discurso mayoritario lo menciona como uno de los derechos más relevantes que debe incorporar la nueva Constitución chilena.

Se advierte la estrecha vinculación entre el derecho al desarrollo integral y la satisfacción de todos los demás derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente los derechos económicos y sociales, lo que implica, a su vez, que el Estado, la familia y la comunidad cumplan sus obligaciones respecto a los niños, niñas y adolescentes en este proceso. En este sentido se pronuncia una experta:



Académica de ciencias jurídicas experta en derechos de niñez y adolescencia

(...) el hecho de que exista un reconocimiento constitucional de la infancia y que se consagren también la obligación estatal de poder velar por ello y emprender las acciones que sean necesarias para que su desarrollo sea pleno y sea integral.

¹⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño (2003). Observación General N°5 Medidas generales de aplicación de la Convención. sobre los Derechos del Niño.

¹⁶⁶ Cillero, Miguel (1999). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf.



El derecho al desarrollo integral además se encuentra estrechamente vinculado con el concepto de autonomía progresiva, puesto que, en las distintas etapas de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, las obligaciones del Estado, familia y comunidad se deben ajustar de acuerdo a dicho proceso. Esto quiere decir que los roles de cada uno deberán considerar la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, con el propósito de que estos sujetos puedan alcanzar la autonomía suficiente para ejercer sus derechos plenamente. .



Derecho vivir en familia

*Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁶⁷



Artículo 9: Los Estados Partes deben velar por mantener el derecho del niño a vivir con sus padres y que no sean separados de estos, excepto en casos donde la separación de ellos sea necesaria para el interés superior del niño. En tales procedimientos, se debe escuchar la opinión del niño y este implica su derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres, a menos de que este afecte su interés superior.

Artículo 10: Toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia o el mantenimiento de la relación familiar, será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

Artículo 18: Son los padres, o bien, sus representantes legales los responsables primordiales de las obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño con miras a su interés superior. Es deber de los Estados Partes garantizar la asistencia apropiada para el desarrollo de sus responsabilidades y funciones.

Es importante mencionar que, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, se concibe “[...] la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad [...]”.

El discurso mayoritario se pronuncia en esta misma línea, aunque se enfocan más bien en su rol de co-garantes de los derechos de la niñez y adolescencia.

¹⁶⁷ Se mencionan solo algunos artículos sobre el derecho a vivir en familia reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.



Abogado de organismo internacional de derechos humanos

Esa relación está presente en la Convención, en el preámbulo y dice que la familia es el lugar natural para el crecimiento de los niños, niñas y adolescentes y debe ser apoyada para que puedan cumplir esa función en la sociedad. Ahí se instala el tema de la corresponsabilidad de Estado, comunidad, familia, lo que pasa es que la versión liberal de los derechos humanos hace que el otro se desligue de sus responsabilidades en la idea de proyecto que está detrás de los derechos humanos. (...). En algunos debates nos estamos olvidando de actores esenciales en este proceso de acompañamiento a los niños, niñas y adolescentes, para eso uno no debe poner a los niños, niñas y adolescentes y a las familias como competidores y enemigos. .

El Comité de los Derechos del Niño, reconoce a la familia en sentido amplio y diverso destacando que son aquellas que "(...) pueden ofrecer a los niños pequeños atención, cuidado y desarrollo y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras variedades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos e interés superior del niño"¹⁶⁸. El Comité, en relación a la niñez migrante, se ha pronunciado estableciendo que los Estados Partes deben procurar por todos los medios que el niño, niña o adolescente no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del niño, niña y adolescente a manifestar su opinión¹⁶⁹.

Contexto social chileno

El discurso mayoritario no se refiere al contenido del derecho, no obstante, menciona la relevancia de "la familia" en el contexto social chileno, caracterizado por sistemáticas vulneraciones a los derechos de niños, niñas y adolescentes en ciertos ámbitos. Según se mencionó previamente, el Comité de los Derechos del Niño, el año 2018, detectó y consignó de manera categórica, en el informe asociado a la investigación contra nuestro país la vulneración grave y sistemática de los derechos humanos de los niños niñas y adolescentes que se encontraban en centros de protección tanto directamente administradas por el Sename como aquellas de administración delegada. El Estado de Chile violó el derecho a la no separación de la familia salvo el interés superior del niño (artículo 9), ya que se ingresaba a niños, niñas y adolescentes al sistema sin realizar las suficientes búsquedas en la red familiar para su cuidado y sin otorgar el apoyo adecuado a sus familias. En el año 2018, como respuesta a la intervención del Comité, en el Acuerdo Nacional por la Infancia, el Estado se comprometió a adoptar una serie de medidas para disminuir los ingresos de niños, niñas y adolescentes a dichas

¹⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación General N° 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia.

¹⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación General N° 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.



instituciones, reforzando intervenciones en distintas dimensiones de la problemática, tales como familiar, comunitaria, justicia, entre otros¹⁷⁰. Sin embargo, a la fecha aún se evidencia altos ingresos y largas permanencias de niños, niñas y adolescentes en centros de protección¹⁷¹.



Académica de ciencias sociales experta en políticas públicas de infancia

[R]especto a esta observación que hizo al Sename en muchos centros, con entrevistas a los niños, a los funcionarios, los resultados son bien tremendos y han tenido muy poca difusión y fue en base a esos resultados que los panelistas conversamos sobre cómo esto debiera incluirse en una Constitución y bueno los temas que más o menos aquí han salido con mayor fuerza; los temas de familia, en el sentido de cómo apoyar la familia para que los niños no lleguen a institucionalizarse [...] las temáticas las que están, están en el debate digamos, la temática familia, la violencia, la autonomía de los niños [...]

En relación a este tema, una de las expertas manifiesta la relevancia de la temática en la realidad nacional, menciona específicamente la denominada Misión Sename realizada el año 2017, donde el Instituto Nacional de Derechos Humanos visitó 171 centros de protección de derechos a lo largo del país, dando cuenta de una serie de vulneraciones graves de derechos de niños, niñas y adolescentes¹⁷².

Este derecho se encuentra estrechamente relacionado con situaciones de vulnerabilidad en la que se encuentran muchos niños, niñas y adolescentes y sus familias y que afectan su bienestar y el ejercicio de sus derechos, por tanto, varios de los expertos y expertas si bien no mencionaron el derecho de vivir en familia propiamente tal, centraron su discurso en la institucionalidad de infancia que debe intervenir y asistir a esta población, en diversos ámbitos, de modo de asegurar su permanencia en las familias, pero en las mejores condiciones posibles.

Rol del Estado y políticas públicas

En este sentido, parte del discurso cuestiona el rol y relacionamiento que el Estado de Chile ha tenido con las familias, incluso profundiza en las políticas públicas que se han

¹⁷⁰ Gobierno de Chile (2018). Acuerdo Nacional por la Infancia, medidas N° 1–3, 33, 42 y 46.

¹⁷¹ Defensoría de la Niñez (2021). Capítulo 2: *Situación de derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado*, Informe Anual 2021, p. 269.

¹⁷² Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). Informe Misión de Observación. Centros Residenciales de Protección de la red Sename. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1148/mision-sename-2017.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.

desarrollado en Chile respecto a este ámbito. Se critica una visión asistencialista y castigadora respecto a las familias en situación de pobreza por ingresos.

La desjudicialización de las temáticas de familia y niñez y adolescencia, sumado a la importancia de descriminalizar y apoyar con más recursos técnicos y materiales a las familias en los procesos de cuidado y de crianza se vincula directamente con el derecho a los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia. Como sabemos este tema es crucial, en un contexto donde la separación de estos y sus entornos familiares ocurre con mayor frecuencia de lo deseable.



Académica de ciencias sociales experta en políticas públicas de infancia

“[C]reo que es super importante desjudicializar los problemas de familia porque el tema de la falla en la crianza no puede, o no debiera estar penalizada porque eso impide que se declare (...). Cuando está judicializada impide la declaración de la falla y mientras más gruesa sea la falla más penalizada va a ser, entonces ponen más en riesgo a los niños, como no se declara hasta que alguien las descubre. Cuando tenemos un sistema menos punitivo en las fallas de la crianza y es más acogedor y plantea una relación de colaboración para que puedan acompañar a la familia en la crianza, facilitando ese proceso (...) tenemos una justicia que es muy discrecional y que no existen estándares para la toma de decisiones por mucho asesor técnico que tengamos, todavía aun los jueces deciden muy solos. Entonces, no es la mejor forma de buscar las soluciones para las familias. Por eso creo que si yo pudiera hacer algo creo que sería importante desjudicializar la protección especializada, salvo los casos de mayor y extrema gravedad”.

Tensión de derechos/deberes de los padres y madres y la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes

Así también, parte de las y los expertos destacan la tensión entre derechos/deberes de los padres y madres respecto a los niños, niñas y adolescentes miembros de la familia y su autonomía progresiva al momento de ejercer sus derechos particularmente en el contexto chileno. Esto resulta paradójico si consideramos que esta unidad, al mismo tiempo, es concebida como el medio natural y fundamental para el crecimiento y desarrollo de la niñez y adolescencia. Es decir, el rol y función de los padres, madres y cuidadores, en definitiva, debería apuntar a su desarrollo como sujetos de derechos de



acuerdo a la evolución de sus facultades y no constreñir el ejercicio de sus derechos, especialmente su derecho a la participación, por el solo hecho de su edad.

En este sentido, las y los expertos invitan a concebir la relación entre niñez y adolescencia y familia de un modo distinto al tradicional, donde la consideración de la autonomía progresiva cumple un rol fundamental.



Derecho a la protección contra la violencia

Convención sobre los Derechos del Niño:



- **Artículo 19:** Es obligación de los Estados Parte tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para garantizar protección contra todas las formas de malos tratos, ya sea perpetrado por sus padres, representantes legales o de cualquier persona que lo tenga a su cargo. De igual manera, esta obligación de los Estados Parte comprende procedimientos para programas sociales de asistencia y también, otras formas de identificación observación, y otras acciones sumadas a la intervención judicial.

- **Artículo 34:** Le garantiza al niño el derecho a ser protegido contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, junto con el deber de los Estados Parte de tomar todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales necesarias para impedir la prostitución, explotación y su utilización en prácticas pornográficas.

El Comité de Derechos del Niño establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una mayor protección jurídica y de otro tipo contra toda forma de violencia, en respuesta a su situación de vulnerabilidad y dependencia. Sin embargo, la aplicación de la prohibición de todos los castigos corporales exige la creación de conciencia, la orientación y la capacitación entre todos los interesados. Lograr una prohibición clara e incondicional de todos los castigos corporales exigirá reformas jurídicas de diverso grado en los diferentes Estados Partes¹⁷³.

En cuanto a la protección contra la violencia, es un derecho mencionado por el discurso mayoritario en relación a este grupo particular. En el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra reconocido este derecho. A su vez, existen otras

¹⁷³ Comité de Derechos del Niño (2006). Observación General N° 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

disposiciones referidas al derecho a la protección contra la violencia como aquella sobre la protección del niño contra la explotación y abuso sexual o a la venta o trata de niños¹⁷⁴. Además, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 13, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, se refiere a *"toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual"*¹⁷⁵.



Académico y abogado
de organismo no
gubernamental experto
en derecho de infancia).

Después, algunas cuestiones de protección importantes, yo creo que los niños, niñas y adolescentes están cada vez más expuestos a la violencia, cada vez más a ciertas formas de opresión, de explotación, de utilización en criminalidad, yo creo que esto se va complicando un poco y se va mezclando con el tema de la delincuencia juvenil, yo creo que ahí hay una necesidad de controlar la violencia y de proteger a los niños de la violencia en todos los ámbitos me parece bien fundamental, no sé qué pueda decir la Constitución, pero me lo preguntaste de manera más general como desafío y eso es un problema que a mí me preocupa mucho, porque creo que la falta de participación tiene mucho que ver con la violencia al final.

Contexto social chileno

La mención de este derecho, por el discurso mayoritario, tiene relación con un contexto sociocultural donde la violencia contra este grupo se encuentra legitimada culturalmente en la mayor parte del mundo. En Chile, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública del Gobierno de Chile, a través de la Subsecretaría de Prevención del Delito (2017), como resultado de su estudio, plantea que la prevalencia de violencia intrafamiliar (VIF) evidenció un aumento en los últimos años. Específicamente, la prevalencia de la violencia en contra de niños, niñas y adolescentes en el país ha experimentado aumentos. En este ámbito, la Encuesta Longitudinal de Primera Infancia (ELPI) de 2017, demuestran el uso declarado de métodos violentos por

¹⁷⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 34.

¹⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño (2011). Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 4.



parte de cuidadores y adultos en el hogar (agresión psicológica, castigos físicos, entre otros)¹⁷⁶.



Cientista social experta en niñez y adolescencia de organismo no gubernamental

[Y]o creo que esas cosas son fundamentales, los derechos de los niños a la protección, a la protección real, no a lo Sename, como decíamos nosotros, no en la medida de lo posible, una cosa así, tan poca cosa ¿no?, yo creo que ahí hay que entrar al tema con fuerza, realmente asegurar a los niños la protección del Estado, en los distintos ámbitos, estoy pensando en los temas residenciales, donde el Estado tiene la custodia y las residencias y lo hace pésimo, sino también protección ante la violencia policiaca.

Asimismo, existen diversos informes de organismos internacionales que han denunciado vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado, entre los que se encuentran graves conculcaciones al derecho a la integridad física y psíquica por parte de sus cuidadores¹⁷⁷.

Rol del Estado

Así también se destaca el rol del Estado en la protección contra las violaciones que experimentan los niños, niñas y adolescentes, incluso aquellas provocadas por funcionarios y/o agentes del Estado, por ejemplo, en contexto de desarrollo social.

También se mencionan grupos específicos de niñez y adolescencia que por sus condiciones particulares se encuentran más expuestos a la violencia, entre los cuales se mencionan niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado, niñez mapuche, migrantes, niñez con discapacidad.

¹⁷⁶ Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2017). Encuesta Longitudinal de primera infancia (ELPI). Disponible en: <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/elpi-tercera-ronda>.

¹⁷⁷ Al respecto se elaboró, el año 2013, por parte de la Cámara de Diputadas y Diputados, en su rol fiscalizador, un Informe de la Comisión investigadora en la materia, el informe de la Comisión Investigadora de la situación de menores de edad en Chile 2017 (Comisión Sename II), informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos 2018, Informe del Comité de Derechos del Niño de 2018 sobre 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, entre otros informes.



Abogada nacional de organismo no gubernamental

[E]n fin, pero cierto que dentro de los más excluidos como los niños mapuches que han sido vulnerados sus derechos como en temas de violencia y todo lo que está pasando en La Araucanía, como la discapacidad física o cognitiva, en fin [...]

¹⁶⁴



Derecho a sufragio de las y los adolescentes

El derecho a la participación es fundamental para la vigencia de la democracia y los derechos humanos. El derecho a voto está consagrado internacionalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23). Si bien en la Convención sobre los Derechos del Niño no está consagrado como tal, se reconoce el derecho a la participación de la niñez y adolescencia en diversos artículos (12, 13, 14, 15, 16 y 17), los que permiten construir lo que entendemos hoy por el derecho a participación y que “comprende el derecho individual y colectivo a que los niños, niñas y adolescentes formen y expresen sus opiniones e influyan en los asuntos que les conciernen directa e indirectamente”¹⁷⁸.

En relación al derecho al sufragio de las y los adolescentes, el discurso mayoritario converge en que una baja en la edad para ejercer este derecho es deseable mencionando, en su mayoría, los 16 años como edad de inicio.

No obstante, parte del discurso mayoritario enfatiza la dificultad de establecer una edad definida en relación al derecho a voto respecto a este grupo, a riesgo de incurrir en una arbitrariedad.¹⁶⁶

¹⁷⁸ Unicef (2022). Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes. Serie de formación sobre el enfoque basado en los derechos de la niñez. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, p.5.



”



**Académico de las ciencias sociales
experto en niñez y adolescencia**

Si asumimos que niños, niñas y adolescentes tienen la capacidad para participar, es decir, actuar y transformar su realidad desde temprana edad, creo que el foco no hay que ponerlos en ellos, en el sentido de cuando están o no listos, sino que la pregunta hay que desplazarla a ¿cuáles son las condiciones que la sociedad y la institucionalidad genera para garantizar una participación más informada, más transparente, más democrática, más incidente? [...] Si el Estado puede garantizar condiciones para asegurar la participación y ahí es donde me parece que eso habría que garantizarlo constitucionalmente y eso se traduce en instancias institucionales que pueden ser consejos consultivos en los municipios por ejemplo o darles una mayor fuerza a los centros de alumnos [...] Tiene que ver con acompañar el derecho a sufragio con fortalecer la dimensión de educación cívica en los contextos escolares desde temprana edad y revisar cómo se está haciendo.

Es importante mencionar que en el discurso se encuentra presente la idea que cuestiona la relevancia de la edad en relación a la participación, trasladando el foco de la discusión a las condiciones para que se desarrolle la misma. En este sentido, se responsabiliza al mundo adulto del ejercicio de este derecho, concibiendo la participación, y el sufragio en particular, como derechos que requieren de una institucionalidad pertinente y adecuada para garantizarlos, donde el Estado tiene un rol fundamental.

Así también, como mencionamos anteriormente, el derecho al sufragio usualmente se relaciona con la ciudadanía ya que, en Chile, así como en otros países, solo los mayores de 18 años tienen estatus de ciudadanos y a partir de esta edad pueden ejercer el derecho a voto. Sin embargo, parte del discurso menciona la importancia de desvincular el derecho a sufragio de la ciudadanía, robusteciendo el contenido de esta última, así como también se advierte que existen ciertos grupos, además de los niños, niñas y adolescentes, que han quedado fuera del concepto de ciudadanía y del ejercicio del derecho a voto, lo que se debiera subsanar.



Académico de ciencias jurídicas experto en derechos humanos de órgano de derechos

Habría que buscar formas de ciudadanía mucho más inclusivas que la ciudadanía actual, con las personas privadas de libertad, con las personas extranjeras y con niños, niñas y adolescentes. Creo que especialmente estos tres grupos están bastante excluidos de diversas formas de ciudadanía de la Constitución del ochenta y creo que hay que romper con eso, que lo más relevante es el sufragio [...]. Hay que pensar la ciudadanía de una manera que pueda reconocernos a todas las personas como igual en dignidad para poder ejercer alguna forma de participación política en nuestra sociedad

Además, una parte del discurso menciona el peligro de la instrumentalización de las y los adolescentes que puedan ejercer su derecho a voto, concibiéndolo como un obstáculo en cuanto a bajar la edad del derecho a sufragio. Este riesgo lo relacionan con una cultura que no refuerza la autonomía e individuación de las y los adolescentes, sino que, por el contrario, subsume a los sujetos en la institución familiar, por tanto, las y los adultos, tanto de la familia como de otras instituciones, podrían manipular el voto adolescente.





Cientista social
especialista en salud
mental humanos

[En Chile] tenemos una cultura que es muy familista, en que el clan requiere el acuerdo y el consenso de todos y hay una tendencia de disputa cuando al interior de la familia hay alguien que no piensa igual. Hegemonía del consenso y del discurso político actual de la política de los acuerdos, porque cuando uno construye confianzas no hay problemas en los acuerdos, no complica revisarlos, darles vuelta. **Hay una cultura de la desconfianza a las instituciones, a nosotros mismos, y eso trae un problema porque para que los adolescentes voten, requieren de una autonomía y de un contexto que les permita vivir esa autonomía [...]**

Sin embargo, existe una parte importante de la opinión experta que se da cuenta que algunos cuestionamientos al voto adolescente se vinculan con ciertas creencias arraigadas en la sociedad, tales como que los niños, niñas y adolescentes no tienen opinión formada o que, por su edad, son influenciables o manipulables por el mundo adulto. Frente a esto, señalan que más bien se trataría de prejuicios o ideas preconcebidas.



Académica experta en
ciencias jurídicas de
derechos humanos

Uno puede decir que la edad es relevante para efectos de determinar cargos de representación, a efectos de poder identificar niveles de madurez para representar los intereses de otros, sin embargo, ello no significa que nosotros restringimos el derecho a una participación deliberante e incidente de todos los que integramos esta sociedad cualquiera sea la medida por la que queramos expresar nosotros mismos.

Por otra parte, existe mayor discrepancia en la opinión experta en relación a la participación de adolescentes en cargos públicos. En este sentido, parte de las opiniones apuntan a la exigencia de cierta madurez y/o preparación para quienes deben ocupar

dichos cargos y, en este sentido, habría ciertas barreras en cuanto a los conocimientos que poseen las y los adolescentes para postular y ejercer dichos cargos.



Académica experta en ciencias jurídicas de derechos humanos

Creo que hay que romper los tabúes que están presentes en nuestra sociedad, que los niños, niñas y adolescentes no tienen opinión propia o que se van a dejar llevar por lo que dicen sus padres u otros en la sociedad, o que porque no puedan tener una opinión del todo formada en determinadas materias, y que eso los haga menos aptos para poder participar de un proceso electoral, porque la verdad es que hay mucho niño y niña de 16-17 años que tienen elaborada sus posiciones políticas en nuestra sociedad.

A su vez, se pone en discusión si el derecho a sufragio se debe resolver a nivel constitucional o legal, pues existen países, como Argentina y Brasil, que establecen en la ley el derecho a voto voluntario para mayores de 16 y menores de 18 años, sin hacer mención al respecto en la Constitución.



Académica de ciencias jurídicas experto en derechos humanos de órgano de derechos humanos

Respecto al derecho a sufragio a lo mejor no quede del todo zanjado en la Constitución y puede que se remita al legislador, y el legislador puede establecer que niños, niñas y adolescentes pueden participar de algunos tipos de elecciones inicialmente como una cierta gradualidad de participación electoral y quizás se puede empezar desde las elecciones municipales en un primer momento.

A la luz de las y los expertos, la edad del derecho a voto en Chile puede ser revisada y modificada, por lo que, el derecho a voto, la ciudadanía y la nacionalidad, al menos en el país, se deben repensar respecto a este grupo de la población.





Derechos generales con especificidad en niñez y adolescencia

Tal como se señaló previamente, a partir de la aplicación de un enfoque transversal de derechos de la niñez y adolescencia en la nueva Constitución, se plantea la importancia de hacer algunas menciones en relación a este grupo, en los derechos reconocidos genéricamente a toda persona, con el propósito de visibilizar a los niños, niñas y adolescentes en ciertas esferas, en los que una aplicación general, sin esta mención específica, les podría perjudicar o excluir del ámbito de protección en lo concreto.



Académico de ciencias jurídicas experto en derecho constitucional

Se deberían **incorporar cláusulas específicas fuera, en todos aquellos derechos en que niños, niñas y adolescentes podrían ser perjudicados.** En el caso de la educación, sin duda, por ejemplo, en el caso de personas con discapacidad, deberían ser como tratadas en particular, como, por ejemplo, niños, niñas y adolescentes con discapacidad, tendrán derecho a una educación inclusiva y el Estado tendrá la obligación de proveer una educación inclusiva, en salud, bueno en general en los derechos sociales [...]

Desde esta perspectiva, se revisarán algunos de los derechos generales mencionados por el discurso mayoritario:

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Se advierte una tendencia, en las y los expertos, a enfatizar que el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales debiera mencionar específicamente a los niños, niñas y adolescentes. Esta precisión en el reconocimiento tiene relación con que este grupo de la población tiene más dificultades al momento de ejercerlos, porque, además, su ejercicio suele estar mediado por las y los adultos, tales como padres, madres, o por sus familias, en general. Por ejemplo, esta situación se aprecia con el derecho a la vivienda, a la salud, a la seguridad social, entre otros.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone, en su artículo 4, que los Estados Parte adoptarán las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a estos derechos de niños, niñas y adolescentes y que, a su vez, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan.

Sobre la importancia y la justificación de la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, con mención explícita a su ejercicio de parte de los niños, niñas y adolescentes en situación estructuralmente desventajada. Paralelamente, se requiere que el Estado cumpla su rol de garante principal y la familia de co-garante de sus derechos, sin embargo, se destaca la importancia de que niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales sin estar supeditados al mundo adulto, reconociendo su posición y demandas independientes.



Académico de ciencias jurídicas experto en derecho constitucional en el ámbito de la niñez y adolescencia

Creo que el ámbito de derechos sociales, hay varios ejemplos de constituciones como la colombiana, que respecto al derecho de la seguridad social menciona directamente a los niños, niñas y adolescentes. **El artículo 50 de la Constitución de Colombia dispone que todo niño menor de un año que no esté cubierto por un sistema de protección o seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud del Estado, quizá es insuficiente, pero en familias con situación migratoria irregular esa es una protección muy relevante que al menos ese niño hasta el año de edad pueda tener una condición de desarrollo asegurada.** Por eso digo que hay que ir mirando en específico cada uno de los ámbitos que necesitamos resaltar para asegurar una protección específica para niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, se plantea la importancia de analizar los diversos ámbitos en que la niñez adolescencia puedan encontrarse más desprotegidos en cuanto al ejercicio de derechos y es allí donde se debiese reforzar el reconocimiento y protección de dichos derechos, con mención específica de este grupo. Lo anterior, se produce con mayor claridad en el ejercicio de los DESCAs.

Así, el discurso mayoritario destaca la importancia del reconocimiento de los DESCAs de niños, niñas y adolescentes y la relevancia de que las cláusulas que establezcan estos derechos, se formulen asignando responsabilidades a quienes corresponde, a saber, el Estado, la familia y la sociedad, de modo de garantizar su efectividad en la práctica.





Abogado de organismo internacional de DDHH

Me parece fundamental el derecho a salud, la educación, la vivienda y la seguridad social, los cuatro más urgentes, que la Constitución sea clara en el enunciado y en determinar sus responsabilidades [...]. Entonces, lo declarativo es importante y luego ver en la parte de su implementación, largar dos o tres líneas para la afirmación del derecho y que no quede en una nebulosa.

Por su parte, el discurso predominante releva el rol del Estado en la provisión de estos derechos, enfatizando la corresponsabilidad de las familias sin que, esta última, pueda sustituir el rol del Estado ni viceversa. En este sentido, se destaca la corresponsabilidad del Estado y las familias en el ejercicio de los derechos. Incluso, existen algunas constituciones donde las obligaciones de los Estados se encuentran reforzadas en materia de prestaciones sociales y, a partir de esta visión, se releva también que la efectivización de los derechos sociales es una condición para el ejercicio de derechos civiles y políticos.



Académico de ciencias jurídicas experto en derecho constitucional

Me empecé a encontrar con muchas disposiciones constitucionales en Ecuador, Colombia y Sudáfrica que, tratándose de seguridad social existía el deber calificado para el Estado de cuidar que familias con niños, niñas y adolescentes tengan asegurado la prestación de derechos. Eso es un ámbito que me parece evidente, porque los derechos sociales crean condiciones materiales para el ejercicio de la ciudadanía y para que podamos desenvolver nuestra vida. Entonces, me pareció super importante ver como a veces la presencia de niños, niñas y adolescentes allí tiende a calificar las obligaciones del Estado en materias de prestaciones sociales.

Así también, se releva la importancia de que estos derechos se implementen por medio de la política pública, en un marco de prevención, que se enfoque en el abordaje de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran niños, niñas y adolescentes de Chile y algunos de sus grupos más específicos, como aquellos con discapacidad, niñez indígena, migrantes, entre otros, lo que implica una protección reforzada por parte del Estado.



Académica de ciencias jurídicas experta en derechos humanos

Debe ponerse énfasis en una política preventiva que evite que los niños vivan en condición de vulnerabilidad, o sea, la cuestión de la pobreza, el derecho a alimentar, el derecho a la salud, el derecho a la educación, los DESC en general, son cuestiones centrales además como garantía preventiva de la vulnerabilidad.

A continuación, se expondrán algunos derechos mencionados en el discurso mayoritario:



Derecho a la educación: rechazo al modelo actual

Parte de las y los expertos mencionan las deficiencias en el modo en que derechos, como la educación, se encuentran reconocidos en la Carta Política chilena vigente, por ello, a partir de esta crítica, señalan la importancia de su reformulación, dando un lugar especial a la niñez y adolescencia en la redacción de esta norma.

Para estos efectos, es importante mencionar que la cláusula constitucional de la Carta Fundamental vigente sobre el derecho a la educación establece el derecho y deber de los padres a educar a sus hijos¹⁷⁹. Así también, respecto al derecho a la libertad de enseñanza, se establece el derecho de los padres a la elección del establecimiento de enseñanza para sus hijas e hijos¹⁸⁰. Por tanto, hoy no existe un reconocimiento del derecho a educación de la niñez y adolescencia propiamente tal, concibiéndoles como titulares de este. A su vez, el derecho a la educación no se encuentra protegido por las acciones constitucionales, por tanto, no se puede reclamar su vulneración ante los tribunales de justicia.

En este contexto, las y los expertos hacen hincapié en el acceso desigual a la educación de los niños, niñas y adolescentes en Chile, lo que impacta fuertemente en el ejercicio de este derecho.

¹⁷⁹ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N° 10.

¹⁸⁰ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N° 11.





**Académica de ciencias
sociales nacional
experta en educación**

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 mejores escuelas, y aquellos padres que estaban en una situación de mayor o doble situación vulnerabilidad no tenían esa posición de elección de escuela. Las escuelas compiten por medio del Simce, entonces las escuelas con buenos resultados atienden generalmente a niños, niñas y adolescentes con buenas notas porque vienen de capitales culturales más 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 es que se usa esta lógica para sacar a los niños problemáticos, pero es 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. Este modelo es muy injusto, genera unas injusticias que no vamos a tardar mucho tiempo en reparar.

El discurso mayoritario se refiere el derecho a la educación como uno de los que debiera contemplar una mención específica respecto a la niñez y adolescencia, por la importancia de su rol en la continuidad y en etapas tempranas de sus vidas. Además, se considera que esta temática fue una de las banderas de las luchas históricas del movimiento estudiantil, específicamente la que cuestionaba el modelo de educación y demandaba educación gratuita y de calidad, por lo que es un derecho que se encuentra estrechamente ligado a este grupo en el imaginario social chileno, sin embargo, no se profundiza demasiado en su contenido



Académica científica social experta en educación de niñez y adolescencia

Las cuestiones debiesen de funcionar distinto, porque lo que se ha hecho últimamente en educación es que empiezan a aparecer los niños y niñas y su familia, pero como sujetos tipo clientes a través de los reclamos. **Por lo tanto, me parece que es super importante que el Estado ponga estos elementos básicos de relación y reconocimiento del otro que es derecho a la educación y la ciudadanía.** [Esto] obliga a cambiar la relación de las escuelas al momento de decir que no se tienen las herramientas para atender a un niño en particular, aquello es un cambio y todo lo que conlleva. El interés del niño generalmente está en esa escuela, donde está su espacio, sus pares y las relaciones de afecto.

En temas de educación está clarísimo que el texto constitucional tiene que dar una vuelta al modelo antiguo que tenemos actualmente, porque a las niñeces y adolescencias no les interesa este modelo educativo. Entonces, la Constitución tiene que ser como el punto de partida, para que luego por efecto dominó se modifique el resto



Académico internacional en ciencias jurídicas experto en derecho de familia e infancia

Así también, se reconoce el rol transformador del derecho a la educación, como aquel que puede impactar directamente a los demás derechos y diversos ámbitos sociales e, incluso, provocar un cambio de modelo estructural. En este sentido, se concibe el proceso constitucional como la instancia para discutir temáticas como el modelo de educación, con la posibilidad de hacer cambios profundos en este ámbito.

Se releva el vínculo del derecho a la educación con la concepción de los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos, como sujetos de derechos. De este modo se observa que, parte del discurso, concibe que nuevas configuraciones a nivel constitucional pueden incidir en resolver problemáticas como esta, que tiene un correlato en el cotidiano de niños, niñas y adolescentes y sus familias y un impacto en el presente y futuro de esta población y la sociedad en su conjunto.



En este sentido, se destaca el rol de la escuela como un espacio fundamental para el desarrollo de la niñez y adolescencia, abarcando diversos aspectos, como el rol privilegiado que podría cumplir como un espacio de aprendizaje sobre participación social para niños, niñas y adolescentes en su comunidad, en su espacio territorial, desde su concepción de ciudadanos.



Académico de ciencias sociales experto en ética y educación

La escuela es capaz de convocar a la comunidad a partir de la responsabilidad de los apoderados y apoderadas con sus hijos y otros vínculos que se generan con la escuela y el territorio, y si es capaz de convocar a la escuela para conversar con los niños y niñas sobre anhelos y proyectos comunes, no sólo de los niños, sino de todos, siento que eso sería la manera más eficaz, y también la menos compleja, porque ya hay toda una institucionalidad creada, es más bien cambiar tonos organizacionales [...]. **La escuela puede generar esos espacios de participación social y ser mediador y enseñar a ellos cómo participar, cómo pensar el mundo y la realidad, y no es algo además de sus propios procesos formativos educativos, sino que esté conectado con esos procesos de aprendizaje diarios o cotidianos.**

La nueva Constitución, según la opinión experta, debiese configurar otras relaciones entre los distintos actores involucrados en el ámbito educacional. Uno de los elementos centrales en esta reformulación del derecho, es una que permita concebir a los niños, niñas y adolescentes y a sus familias como ciudadanos y no como clientes.



Derecho al medioambiente libre de contaminación

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no reconoce de manera expresa el derecho al medioambiente libre de contaminación, sí se refiere al medioambiente, en los artículos 24 numeral c) y 29 e), en cuanto a que es deber de los Estados parte combatir la contaminación en relación a la protección del derecho a la salud y a la educación de los niños, niñas y adolescentes, respectivamente. En cuanto al derecho al medioambiente libre de contaminación, este es un derecho que, en el discurso de las y los expertos, se menciona como un ámbito especialmente vinculado al interés de la población más joven. La Constitución Política chilena lo incorpora en el catálogo de derechos (artículo 19 N°8).

El discurso mayoritario, más que mencionarlo como un derecho que deba incorporar alguna especificidad en relación a la niñez y adolescencia, lo considera como un ámbito destacado especialmente por la población más joven, quienes tienen más herramientas para desarrollar su contenido, ya que se considera mejor comprendido por las nuevas generaciones. En este sentido, se enfatiza la importancia de escuchar a la niñez y adolescencia respecto a este tipo de temáticas, pues se observa que los niños, niñas y adolescentes tienen más elementos que aportar en estos ámbitos, atendiendo a que serán ellas y ellos quienes habitarán el planeta en un futuro.



Académico de ciencias jurídicas y perteneciente a organismo internacional de derechos humanos

La verdadera concientización del cambio climático está en los adolescentes, no en los adultos porque estamos acostumbrados a un modo de vida que es muy difícil cambiar; si no tuviéramos a Greta Thunberg y a todos esos niños y niñas asociados no tendríamos mucha conciencia sobre el cambio climático. ¿Qué es lo que ha producido eso?, pues ha producido que haya gente que tiene 13, 14, 12, 10 años, que han dicho no entiendo por qué, y como no lo entiendo, lo hago ver y, ¿qué puedo hacer?, pues sentarme a protestar en silencio, eso nos ha hecho a todos cambiar. La sangre nueva es siempre buena para el debate, para que lleguen ideas nuevas.

Los temas medioambientales también me parecen fundamentales que estén [en la Constitución], [...] en verdad son cosas súper importantes como para la sociedad en general y para ellos [los niños, niñas y adolescentes] que en el largo plazo van a recibir este planeta cada vez menos habitable y sustentables.



Abogada experta en derecho de niñez y adolescencia de organismo no gubernamental



Derecho a la vivienda y espacios públicos

Es importante recordar que la Constitución vigente no reconoce el derecho a la vivienda, sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos lo hacen. La Convención sobre los derechos del niño reconoce que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales respecto a su domicilio (artículo 16. N° 1) y establece que los Estados adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables a dar efectividad al derecho a una vida adecuada y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la vivienda, entre otros ámbitos (artículo 27 N° 3).

Si bien no es uno de los derechos que es mencionado de manera predominante por el discurso mayoritario, hay expertas y expertos que lo señalan de manera prioritaria. Así también, se menciona la importancia de los espacios comunitarios y el territorio local para los niños, niñas y adolescentes y sus familias.



Académica de las ciencias sociales experta en políticas públicas familia e infancia

Las condiciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes y sus familias viven están muy marcadas por el espacio territorial donde habitan, y a los servicios que acceden y a los que no acceden, a las distancias de las cuales están enfrentados para tener derecho de vivir en una ciudad o vivir en exclusión [...] Por lo tanto, la posibilidad de salir de ese bienestar/malestar territorial es poder empoderarlos en sus espacios locales con quienes comparten esas condiciones. Me parece muy importante generar espacios de participación, en los distintos ámbitos de la política, y creo que el territorio sigue siendo un espacio importante, que evidentemente las redes cumplen un rol y que hay que considerarlo como un mecanismo de comunicación y participación entre los niños, niñas y adolescentes.

Es así como se observa, que parte del discurso liga el derecho a la vivienda con el ámbito territorial, espacios y seguridad pública que afecta directamente a los niños, niñas y adolescentes, quienes se relacionan con su comunidad y entorno y se ven afectados

mayormente por las características y fenómenos que ocurren en dichos espacios, lo que se vio acrecentado en contexto de pandemia y cuarentenas decretadas.

Es posible observar que, además, los temas territoriales, de espacio público, se relacionan con el derecho al esparcimiento y la recreación, en definitiva, con el derecho a la igualdad de acceso al ejercicio de diversos derechos a saber, vivienda, recreación, seguridad, entre otros, reforzando la centralidad de crear condiciones materiales suficientes para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos humanos.



Académico y abogado de organismo no gubernamental experto en derecho de infancia

El tema ciudadanía de habitabilidad, de habilitar la ciudad y sus espacios, porque además el derecho a la vivienda, y ahí se viene un tema importante para los niños, niñas y adolescentes, pero probablemente hay un vacío; la Convención no tiene nada al respecto de eso y el derecho internacional además es muy pobre en vivienda, creo que ahí hay un asunto para trabajar un poco más, detrás de eso hay un tema bien relevante.

Si nosotros somos capaces de pensar en espacios públicos, en jardines y en infraestructuras que convocan a los niños, que les permiten ver, elegir, encontrarse con otros. Y eso significa no pensar en plazas donde los niños se columpian solos y juegan solos, sino que pensar en espacios que habilitan al encuentro y ahí damos un gran paso como para esta ciudadanía vivida.



Educadora experta en participación primera infancia



6.2.2.6. Estado, familia y sociedad en la Constitución como garantes de derechos en la Constitución

Desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, el establecimiento del rol de garantes en la Constitución es central, pues permite pasar de reconocer los derechos de la niñez y adolescencia desde una dimensión meramente declarativa a una que permite efectivizarlos. El discurso mayoritario destaca que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos frente al Estado, la sociedad, a sus padres y a los adultos en general, quienes adquieren responsabilidades en el ejercicio de estos derechos respetando su autonomía progresiva.



Académica experta en ciencias jurídicas de DDHH

(...) garantizar la autonomía de los niños, niñas y adolescentes para desarrollarse íntegramente como personas, pero no necesariamente para suplantar su voluntad, a menos que sea indispensable para salvaguardar su integridad.

Las y los expertos mencionan la relevancia de incluir cláusulas que se refieran a la corresponsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad en la protección de derechos de la niñez y adolescencia. Así, se proponen distintas fórmulas para establecer dicha protección, por ejemplo, **se plantea combinar el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos**, que establece “Todo 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” **y el artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño**, que dispone “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”, postulando una cláusula que establezca esta protección reforzada que, dada su condición particular, merecen los niños, niñas y adolescentes por parte del Estado, su familia y la sociedad en su conjunto.

Lo anterior se relaciona con una concepción particular de la sociedad y de comprender los derechos humanos, donde los sujetos que la conforman se necesitan unos a otros. Esta comprensión, también impacta la concepción de los garantes y sus obligaciones, es decir, los roles que deben cumplir el Estado, la familia y la sociedad en relación a este grupo, concibiendo estas obligaciones más amplias e intensas.

”



**Abogado de organismo internacional
de derechos humanos**

Una afirmación interesante es la que hace Alejandro Kusanovic, que dice que mis derechos culminan cuando comienzo a hacer respetable los derechos del otro. Eso instala una cuestión de responsabilidad hacia el otro y con el otro. No hay proyecto colectivo si no se involucra al otro en esta idea de sociedad que plantean los derechos humanos. Entonces, si esa tensión se resuelve de la manera liberal, individualista, obviamente solo importará el sujeto, y lo que tenemos que reconocer es que los niños, niñas y adolescentes necesitan de los adultos, de su familia, de su comunidad y del Estado.



De esta manera, el rol del Estado, la familia y la sociedad es fundamental en el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, particularmente considerando que este grupo se encuentra en una posición particular dada su condición etaria, que requiere de otros sujetos (en general, adultos) para el goce y disfrute de sus derechos. Por estos motivos, establecer obligaciones claras de los cogarantes, relativas a los derechos de este grupo, es fundamental.

El Estado como garante principal de derechos humanos y su vínculo con las familias

El rol de garante principal del Estado es abordado por el discurso mayoritario, sin mayores divergencias. Se concibe su rol como protector de los derechos de la niñez y adolescencia, tanto directamente como por medio del apoyo al cumplimiento del rol de sus familias. Por tanto, la relación y articulación entre el Estado y sus familias será central en el cumplimiento de ambos roles en relación al ejercicio efectivo de derechos de la niñez y adolescencia.

Así también, tanto la protección como la garantización de sus derechos se vincula al concepto de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes y a que estos puedan ejercer plenamente sus derechos. Así, en este proceso, el Estado debe acompañar a las familias en el ejercicio de sus obligaciones esenciales en el desarrollo integral de la niñez y adolescencia.

Por su parte, en el discurso se reitera la alusión al modelo del Estado chileno, específicamente cómo se ha interpretado la subsidiariedad del Estado, derivada de las disposiciones de la Constitución Política de 1980. Por su parte, el discurso alude de forma reiterada al modelo que ha adoptado el Estado chileno en torno a la subsidiariedad, derivado de las disposiciones de la Constitución Política de 1980. Frente a esta situación, se remarca lo importante de un modelo de Estado que permita garantizar los derechos de la niñez y adolescencia. Así, una de las perspectivas predominantes en relación al enfoque del Estado señala que



Académica experta en políticas públicas de infancia

(...) no solo tiene que basarse en términos de universalidad para que les llegue a todos, sino que en términos de ciudadanía para que seamos iguales. Hoy día claramente no valemos todos igual.

Se observa, de manera bastante transversal, una crítica al Estado actual, en el marco del modelo económico neoliberal, que entiende la subsidiariedad restringiendo el rol del Estado y generando dinámicas de exclusión de ciertos sectores de la sociedad, como los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se plantea un rol del Estado como garante de derechos de los niños, niñas y adolescentes no solo enfocado en el ámbito de la promoción y protección de éstos, sino que también en el aseguramiento de su participación, de manera de garantizar la perspectiva de niñez y adolescencia en todos los órganos del Estado.

Las interpretaciones de la normativa constitucional respecto al Estado subsidiario predominan en Chile y su impacto en la legislación y en las políticas públicas ha configurado un aparato estatal incompatible con el cumplimiento de un rol de garante de derechos efectivo, específicamente respecto a la provisión de apoyos y servicios que permitan garantizar los derechos sociales de la población, en especial de aquellos grupos que se encuentran en situación de mayor exclusión, tales como niños, niñas y adolescentes.

A su vez, esta concepción del Estado, sin duda, ha impactado el desempeño del rol de las familias respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente las familias que se encuentran en una situación de pobreza material. En este ámbito, el Estado interviene cuando las familias no pueden cumplir las expectativas sociales impuestas sobre la crianza, principalmente, por carecer de recursos materiales para desplegar su rol. En este sentido, se advierte cómo la resolución de problemas y el cumplimiento efectivo de los derechos, en este ámbito, recae en las familias y en las madres y/o mujeres particularmente, por lo que es necesario, según se advierte, avanzar hacia un Estado garante que asegure que cualquier ciudadano va a tener garantizado sus derechos, y de esta manera, se descomprime al grupo familiar.



”



Académica de las ciencias sociales
experta en políticas públicas familia e
infancia

Esperaría que evolucionemos a políticas desfamiliarizadas, donde el Estado asegure ciertos derechos ojalá de manera territorial, porque se conocen mejor las realidades y qué factores particulares a ese territorio y a esa geografía se requieren. Eso reduce la sensación de familias muy constreñidas por la subsistencia diaria, lo que muchas veces genera el maltrato y la infelicidad en los niños. Cuando hablo de ambientes de violencia donde los niños crecen, porque tienen padres estresados, que están cesantes, enfermos, tienen problemas de salud mental, de adicción, en fin. Entonces, deja de exigirle a la familia que por sí misma salga de todos esos problemas y, tiene un apoyo asegurado desde el Estado sin una condición para ser lo suficientemente bueno y merecedor de un derecho.

En ese sentido, se destaca que el rol del Estado debe contemplar el apoyo y acompañamiento a las familias, en la misma línea de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este cambio de visión del rol del Estado implica una modificación en las políticas públicas, tanto respecto a sus objetivos como alcances. Así, el rol de las familias debe ser apoyado por el rol del Estado, he aquí la corresponsabilidad respecto a los derechos de la niñez y adolescencia. Esta perspectiva se entiende en un marco distinto a la subsidiariedad, pues la actuación del Estado debe ir permanente en apoyo de las familias, de los sujetos que viven en el territorio.



Miembro de organismo internacional de derechos humanos

Se trata igual de un principio el de la corresponsabilidad, ¿cómo son las familias chilenas?, ¿cómo vive la familia chilena de los grupos indígenas?, ¿la familia chilena de Puerto Montt? El Estado debe saber cómo viven sus familias, debe tener los datos, las estadísticas que les permitan identificar cuántos niños en estado de desnutrición pueden haber [...] pero, no para sacarlos del hogar, sino para darle a ese lugar la atención que necesita. Y las respuestas del Estado no es en el centro de la ciudad, esto tiene que estar en todos los niveles y no pueden ser cuándo ya todos los derechos están violados, tiene que ser preventiva. Y cómo va a ser una respuesta preventiva si no hay efectivamente un diagnóstico.

A su vez, se destaca la relevancia de la descentralización en la actuación del Estado en relación a las familias y los niños, niñas y adolescentes, incorporando este enfoque para hacer posible una actuación pertinente y eficiente del Estado en función de sus particularidades. Esto se relaciona a las políticas de prevención que debe ejecutar el Estado a nivel local, integrando a la institucionalidad en salud, educación, vivienda, entre otras. Para este cambio de enfoque en las políticas públicas, se debe establecer otro modelo de Estado, distinto al subsidiario establecido en la Constitución Política vigente.

Rol de la(s) familia(s) en la Constitución

Según el discurso predominante, la concepción y rol de las familias en la Constitución debe considerar, por un lado, la relación con los niños, niñas y adolescentes y, por otro, la relación con el Estado. En este sentido, se deben observar tres conceptos principales, uno de ellos es reconocer la **diversidad** (y no discriminación) de las familias, incorporar la **corresponsabilidad** en relación al ejercicio de derechos de la niñez y adolescencia que les compete y, en este último ámbito, concebir su rol considerando el concepto de **autonomía progresiva**. Lo anterior permite establecer que, si bien los niños, niñas y adolescentes necesitan del cuidado y protección de sus familias y el Estado, para el



efectivo ejercicio de sus derechos, ellas y ellos no son pertenencias de su propiedad, por tanto, su rol debe ser concebido desde el acompañamiento y ajustando progresivamente sus obligaciones respecto a ellas y ellos.

A continuación, se expondrán estos conceptos como elementos destacados por la opinión experta:

Diversidad en el concepto de familias

Uno de los elementos mencionados de manera reiterada es la importancia del reconocimiento y protección de un concepto de familias inclusivo y diverso, que se aleje del concepto de familia unívoco y tradicional, asociado al matrimonio. Por ello resulta central que en la nueva Constitución se pueda reconocer que hay múltiples formas de constituir familia, las que deben ser protegidas y respetadas por igual.



Académico de ciencias
jurídicas experto en filosofía

[respecto a las familias] (...) todas merecen igual protección conforme a los principios y derechos que esta Constitución establece y, en particular, el principio de no discriminación.

Alejado de la conceptualización única del núcleo de la sociedad, también es importante reconocer sus cambios a través del tiempo, esto es que las familias no son solo aquellas que contemplan hijos e hijas pequeñas, sino que también lo siguen siendo a medida que pasa el tiempo y son personas de la tercera edad. Así, el Estado debe ser capaz de acompañar a esa heterogeneidad de unidades domésticas, asegurando el cuidado de la interdependencia de personas y no de los servicios únicamente.



Académico internacional
de ciencias sociales
experto en temas de
niñez y adolescencia

La familia debiese tener un lugar constitucional, pero no a costa de los niños. [...] Los niños tienen derecho a una familia cuando son respetados, [...] pero también es necesario que se abra el concepto de familia; familia también significa comunidad, depende también de otras personas, no solo de la mamá y papá, sino también de otras personas que aman a un niño y que te han cuidado a un niño y que son amados por el niño.

Las familias como co-garantes

Un segundo elemento respecto al cual hay convergencia entre las y los expertos, es el reconocimiento de las familias en su rol de co-garantes de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, coherente con la normativa de derecho internacional de derechos humanos, específicamente con la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando que el Estado no puede suplir a las familias en sus principales obligaciones en relación a los niños, niñas y adolescentes, a excepción de que estas incumplan sus obligaciones respecto a ellas y ellos. A su vez, estas obligaciones se deben ajustar al rango etario de los niños, niñas y adolescentes, así como también a otras condiciones o características particulares, que demandarán determinadas acciones¹⁸¹.

¹⁸¹ Parte minoritaria de las y los expertos hace mención del cuidado de las familias que debe proveer el Estado, en especial de las y los adultos que desempeñan el rol de cuidadores, en su mayoría mujeres. Asimismo, se menciona específicamente el rol que cumplen en relación a niños, niñas y adolescentes con discapacidad y la necesidad de contar con apoyo del Estado para ejercer una función vital para sus hijas e hijos, muchas veces incompatible con ejercer otras tareas como el trabajo remunerado.

(...) acompañar a los cuidadores de los niños, niñas y adolescentes en ese proceso de crianza y que ese acompañamiento no se reduce a las habilidades parentales, sino que acompañar a ese ser humano que está llevando esas tareas de cuidado. Entonces, no nos importa solo como padre, madre, o cuidador, sino como la persona que está detrás ejerciendo esas labores, porque en la medida que uno apoya a esa persona, a ese cuidador, en su integralidad de mujer, de hombre, dispone de mejor manera para cuidar a otro, porque de alguna manera el asegurar un cuidado a esa persona bajo la premisa que la responsabilidad de cuidado se va a generar en la medida que tengamos una experiencia de cuidado de nosotros mismos. Entonces, creo que los intentos de apoyar a las familias siempre se van a quedar cortos si se focalizan en promover habilidades parentales, sino que hay que acompañar la integralidad de la mujer y del hombre que está llevando tareas de cuidado. Siento que hay un foco muy fuerte en la parentalidad y se deja de ver el foco en el ser humano (académica de las ciencias sociales experta en políticas públicas familia e infancia).





Miembro de organismo internacional de derechos humanos de niñez y adolescencia

Los niños y niñas no pertenecen ni al Estado, ni a los padres, se pertenecen a sí mismos; son titulares de derechos; son ciudadanos, a lo mejor eso no se puede poner en la Constitución, pero muchas de las cuestiones de los debates sociales de "no te metas con mi hijo", bueno, que el Estado no se meta con mi hijo, pero ni yo tampoco, es decir, porque él es un ciudadano que tiene derechos.

Consideración del principio autonomía progresiva

Un tercer elemento que se torna sumamente importante, y que ya se mencionó previamente, es el reconocimiento del principio de autonomía progresiva en el ejercicio del rol de las familias en relación a los niños, niñas y adolescentes. En esta línea se menciona que es



Académica de ciencias jurídicas experta en derechos humanos

La única manera de tener relaciones igualitarias es por medio de la autonomía. El debate de la autonomía sujeto-persona o de la autonomía sujeto-pueblo es fundamental en este debate constitucional, porque si tú tienes niños sujetos de derechos y autónomos van a tener relaciones equitativas con el Estado y con las familias y con todas las otras estructuras de la sociedad, pero si tienes niños subordinados, y el único punto de atención de la institucionalidad es la tutela que hace el Estado, la familia respecto de los niños, en definitiva lo que tienes es que la tutela perpetúa estereotipos, restringe el desarrollo progresivo de los niños, pero además limita las posibilidades de reaccionar frente al abuso.

Parte importante del discurso plantea la importancia del ejercicio del rol de los padres y madres respecto a las funciones de cuidado y acompañamiento en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerando la autonomía progresiva. Se refuerza que esto no quiere que el rol de los padres y madres sea incompatible con la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, sino que es tan compatible como necesario concebirlas de manera relacional.



Abogado de organismo
internacional de derechos
humanos

El tema de la autonomía progresiva y el interés superior del niño no son negociables, la Convención las instaló y desde el preámbulo ubica la función parental. El Comité de Derechos del Niño ha dicho esas cuestiones y esa visión se construye a partir de una tensión que son los roles parentales, el interés superior y la opinión de los niños, también un Estado que no puede desligarse de su responsabilidad [...] **¿Qué nos dice la Convención?, que los padres tienen escuchar a los niños, niñas y adolescentes, que tienen responsabilidades en la orientación y en el cuidado, y que para eso deben recibir apoyo del Estado.**

Sin embargo, se reconoce que esta tensión está presente en el ejercicio de la parentalidad y la autonomía progresiva de la niñez y adolescencia. Particularmente se destaca como muchas veces esta tensión surge de que los padres y madres se sienten amenazados en su rol de cuidado en algunas esferas, por lo que es importante recalcar que la autonomía progresiva no anula los roles parentales, sino que lo coordina y adecúa al ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Rol de la sociedad

En cuanto al rol de la sociedad, el discurso mayoritario no profundiza demasiado en este aspecto, sin embargo, menciona la importancia de cambiar las relaciones entre los y las adultas y los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, se apunta a la importancia de que el mundo adulto se conciba de otro modo, en que se cuestionen las relaciones de violencia que imperan en la sociedad y no se perpetúen, donde se ofrezca espacio y se propicie el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo a su autonomía progresiva. En este sentido, se apunta a generar nuevas prácticas sociales, esto es apuntar a cambios culturales que irradian a toda la sociedad.





Académica de ciencias jurídicas experta en participación de la niñez y adolescencia

Yo escuchaba recién en el alegato al TC [Tribunal Constitucional], justo un pedazo de alguien que alegaba sobre el poder preferente de los padres a poder educar, pero en el fondo yo escuchaba a alguien aterrorizado de perder la propiedad, aterrorizado de perder las relaciones jerárquicas que validan violencia, ya que al perder ese ámbito el cual la jerarquía, el pater familia y la religión son prioritarios implica un orden social distinto, que no está solo en contra de la autonomía progresiva de los hijos. **Esto debe abrirse a pensar las relaciones de una forma más democrática que en lo cotidiano implica tener espacios de relación que no hemos tenido previamente.**

6.2.2.7. Garantías de los derechos de niñez y adolescencia en la Constitución

En cuanto a la exigibilidad de los derechos, como elemento central para su efectivización, se abordarán las garantías de los derechos de las personas, en particular de los niños niñas y adolescentes. Específicamente, las garantías orgánicas y jurisdiccionales de los derechos de la niñez y adolescencia mencionadas por la opinión mayoritaria, que apuntan a una incorporación concreta del enfoque de derechos de la niñez y adolescencia en el texto constitucional. Entre las garantías orgánicas, el discurso mayoritario se refiere al sistema de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, mencionando principalmente la ausencia de la Ley de Garantías que a la fecha de la ejecución de las entrevistas aún se encontraba en tramitación¹⁸². En relación con ello, se menciona la relevancia fundamental de la existencia de un sistema de protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia y, en este marco, abordar el rol de órganos autónomos de derechos humanos, específicamente el reconocimiento y la función de la Defensoría de la Niñez.

¹⁸² La Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile se publicó el 15 de marzo de 2022 y las entrevistas se realizaron entre los meses de julio y octubre de 2021, por ello se aborda el proyecto de ley cuando aún estaba en tramitación.



Cientista social experto en niñez y adolescencia

Creo que es fundamental y es una debilidad de las constituciones a nivel latinoamericano que son súper bonitas en términos de dar cuenta de los derechos, pero toda la sala de máquina, que es como pensar la institucionalidad y como ahí se distribuye el poder y quedan establecidas ciertas funciones, es una cuestión que en general queda bien débil y eso genera que en la práctica todos los elementos del reconocimiento de derechos se vean dificultados de poder materializarse. Entonces, es importante justamente que, en la Constitución, el plano más constitucional quede reflejado en el texto de tal manera de darle solidez a las instituciones o al sistema para que pueda posteriormente desplegarse de una manera más eficiente.

Sistema de protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia

El Sistema de protección integral de derechos se menciona como elemento central en relación a la exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El criterio de la exigibilidad se contempla como parte de la triada necesaria para la efectiva incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el texto constitucional, junto a los criterios de visibilidad y agencia. En este punto, la articulación de todos los órganos del Estado en el cumplimiento de los derechos de este grupo de la población, es fundamental.





Miembro de organismo internacional de derechos humanos

En esta evaluación que nosotros hemos hecho en el informe temático sobre los Sistemas de garantías para la protección integral de todos los niños, niñas y adolescentes, esta estructura no es una institución, el Sistema de protección integral es el conjunto de instituciones, que el conjunto de todos los poderes políticos del país incluyendo el sistema de justicia, que le corresponderá la exigibilidad de los derechos, porque ahí es la tutela judicial efectiva, pero la exigibilidad del derecho que precisamente en la mayoría de los casos ha sido violentado y que tiene el niño, niña o adolescente el derecho a que se le restituya y que es el juez el que debe restituirle el derecho. La fase administrativa va a resolver todas las demás [vulneraciones] en los otros niveles y procurando precisamente que si atiende un derecho y este es un derecho vulnerado se le pueda restituir sin la necesidad de la fase de jurisdiccionalidad; la fase de jurisdiccionalidad es precisamente cuando la institucionalidad administrativa no ha cumplido.

Considerando la importancia de un Sistema de protección integral, en relación a la efectivización de los derechos de la niñez y adolescencia, se plantea la relevancia de que la Constitución establezca un mandato al legislador para cumplir con estos lineamientos al momento de establecer la institucionalidad especializada en este grupo¹⁸³.

¹⁸³ En cuanto a las características que debe tener este Sistema de protección integral, uno de los expertos menciona la importancia de establecer garantías de derechos a nivel territorial, abordando diversos aspectos tales como administrativo, judicial, legal, entre otros. Así también, se señala la relevancia de que la Ley que establezca el Sistema de Protección, tenga un rango superior como una ley orgánica.

El Sistema de garantías es un mandato de garantías a nivel territorial que tiene aspectos administrativos, judicial, legales, constitucionales, presupuestario, etc. con una rectoría. Nosotros vamos a tener una paradoja que probablemente nunca adecuamos bien nuestra ley a la Convención [CDN] y ahora la vamos a tener que adecuar a la Constitución. Entonces, **si la Constitución establece leyes de quórum calificados, orgánicas superiores, adscribiría a que la Ley de Garantías tuviera ese rango,** porque el gran problema que tenemos con la Ley de Garantías en Chile es que es una ley que manda otras leyes. **Así una buena Ley de Garantías debería mandar una ley de educación, pero resulta que la ley general de educación es una ley orgánica constitucional y esta otra una ley simple. Entonces, ahí ya hay un problema de jerarquía.** [...] Entonces, yo creo que lo primero es ponerlo en la cúspide. [...] (académico y abogado de organismo no gubernamental experto en derecho de infancia).



Académico y abogado de organismo no gubernamental experto en derecho de niñez y adolescencia

Una cláusula potente que finalmente le dará un piso constitucional, un anclaje constitucional y no solamente en el sentido de los derechos fundamentales, **sino un deber constitucional de constituir un sistema que tenga ciertas características.**

También se destaca la importancia del Poder Judicial en relación a la exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el marco del Sistema de Protección Integral. Específicamente, asegurar el acceso a la justicia de este grupo, como un aspecto de central importancia.



Miembro de organismo internacional de derechos humanos

Yo creo que el punto importante del acceso a la justicia es que todavía hoy los sistemas judiciales que otorguen esta posibilidad de participación de niños, niñas y adolescentes de una manera directa. [...] Requieren de una organización y que, en la Constitución, lo que me parece a mí que debe quedar claro, es esta calificación que se haga de la institucionalidad responsable o el tema este del concepto de integralidad de toda una institucionalidad de un país responsable en la protección de los derechos. Es un manejo quizás conceptual que habrá que trabajar, pero que en sí es importante y está vinculado a esto, a la necesidad de creación de un sistema integral de protección, de la conciencia clara y legitimada de la responsabilidad de todas las instituciones de un país, todas sin excepción, porque no hemos hablado de inversión, pero la inversión es también un principio que tiene que estar, y responder a una política pública nacional de corresponsabilidad Estado-sociedad-familia.



Por otra parte, se menciona la importancia de establecer una estructura institucional que se base en principios de complementariedad e interdisciplinariedad, que propicie la convergencia de todos los actores involucrados a partir de una institucionalidad con capacidad rectora, que concentre la capacidad de articulación suficiente para poder mandar a los distintos actores del sistema. También se menciona la importancia de la especialización de las y los funcionarios que trabajan en la institucionalidad de niñez y adolescencia.



Educador experto en derechos de niñez y adolescencia de organismo no gubernamental

Por otra parte, **debiese estar garantizada una estructura que logre una cierta complementariedad interdisciplinaria para que todos los ministerios puedan converger en un ministerio de niños, niñas y adolescentes, el cual garantice tener un poder económico y político para poder mandar a que los distintos ministerios contemplen transversalmente a los niños, niñas y adolescentes y a las nuevas generaciones en sus derechos plenos.** Se necesita también de un proceso educativo de cambio cultural, desde los ministerios y sus trabajadores.

Asimismo, se destaca la relevancia de trabajar colaborativamente entre el Estado y la sociedad civil en materias de niñez y adolescencia, particularmente por las características de la institucionalidad especializada en este grupo en Chile, a saber, fragmentada y conformada por instituciones tanto públicas como privadas considerando, además, que el rol del Estado chileno, a esta fecha, se encuentra acotado a la supervisión y fiscalización de dichas instituciones, con muchas falencias y deudas en dichos proceso. Como hemos mencionado, dicha función ha sido cuestionada por diversos órganos de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, por las diversas, graves y sistemáticas vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo el cuidado del Estado¹⁸⁴. Por esta razón, entre otras, se señala que se debe impulsar una forma articulada de trabajo interinstitucional e intersectorial, en que haya instancias de participación de niños, niñas y adolescentes, recomendación que fue realizada por el Comité de los Derechos del Niño al Estado de Chile el año 2018¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Comité de los Derechos del Niño (2018), Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017), Defensoría de la Niñez (2019, 2020, 2021), entre otros.

¹⁸⁵ 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 comunicativo.



Experta de ciencias sociales de organismo no gubernamental

Creo que es **relevantísimo la alianza, la colaboración y complicidad, incluso, entre el Estado y la sociedad civil, como uno va generando procesos con quienes trabajan en estas temáticas desde distintos lugares, porque también son distintas experiencias que te van ayudando; cada uno tiene su propia *expertiz* y poner eso, en la mesa, a jugar cuando queremos generar participación, creo que es muy relevante y de distintas profesiones, etcétera, entonces encuentro que, entre más diverso, mejor.** Tengo siempre esa mirada para los trabajos en general, creo que la diversidad de miradas es algo que enriquece, pero además se generan muchas cosas ahí, diversidad de miradas, diversidad de voluntades también porque yo creo que son procesos que hay que empujar, que no son fáciles y ahí es necesario doblar voluntades, políticas con distintos actores.

En el discurso se puntualiza la existencia de una institucionalidad en niñez y adolescencia fragmentada, conformada por diversas políticas públicas, planes y programas. En este contexto, parte del discurso advierte una ausencia de coordinación entre los distintos ámbitos de la institucionalidad de la niñez y adolescencia. Considerando la reforma actual del Sistema, en el que el Sename es reemplazado por el Servicio Nacional de protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (también denominado Mejor Niñez), establecido por la Ley N° 21.302, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2021, es central contar con un órgano que ejerza el rol de articulador. Una de estas modificaciones tiene relación con que el Servicio se instaló en el Ministerio de Desarrollo Social y Familia. A este respecto, según la valoración de algunos expertos y expertas, esta institución tendría falencias al no contar con capacidad ni especialidad para ejercer dicho rol.



Experta en políticas públicas en infancia en organismo no gubernamental

[y]o creo que es necesario un órgano articulador de las políticas de infancia y no lo veo tan claro en el Ministerio de Desarrollo Social. A mí me da miedo que los niños desaparezcan en el Ministerio de Desarrollo Social [...] **Sería interesante, que hubiera un órgano que generara interacciones con todos los organismos de infancia o con todos los organismos, y creo que eso no lo puede hacer el Ministerio de Desarrollo Social por sí mismo, a eso me refiero. Que generara articulaciones de políticas de infancias con todos los organismos, que tuviera un rol más político también y donde se pudiera generar un espacio de participación de los niños de forma importante.**



Se hace hincapié, además, en la importancia de definir las responsabilidades de los diversos órganos que forman parte del Sistema de Garantías y Protección Integral, específicamente respecto a definir sus responsabilidades las que se deben contemplar en el texto constitucional. Según los expertos, para lograr este principio de mancomunidad, se requiere contar con una institucionalidad con capacidad rectora de todo el sistema, con mandato y herramientas suficientes para formular, coordinar, velar y evaluar la implementación de estrategias comunes que permitan que todos los actores involucrados efectivicen acciones concretas en el marco de sus competencias.



Académica de ciencias jurídicas, abogada y miembro de organismo internacional de derechos humanos

[h]ay que plantear la importancia de la institucionalidad nacional. **Este concepto de integralidad, y de responsabilidad compartida y eso hace que por supuesto a nivel legislativo debe haber sin duda, y eso te lo enfatizo, a nivel normativo tiene que haber jerarquía del ente rector de la infancia y como una especificidad de esa proyección de la política nacional y la distribución de la institucionalidad que ese ente rector no asume la responsabilidad de las otras instituciones y eso tiene que estar con claridad, pero tiene que estar a un nivel de jerarquía que le permita precisamente el manejo de iguales, diría yo, con los grandes bloques de la institucionalidad de un país.**

Es importante mencionar que, en el caso chileno, el 15 de marzo de 2022, se publicó la Ley N° 21.430, que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia, luego de más de una década de tramitación legislativa de este y diferentes proyectos del mismo tenor que lo antecedieron. Su artículo 57 establece que las funciones del Sistema apuntan a desarrollar “una serie de acciones destinadas al respeto, protección y cumplimiento de todos los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en esta ley y otras normativas jurídicas nacionales en materia de niñez, a través de los cuales se asegura su goce efectivo y se desarrolla un mecanismo de exigibilidad de ellos”. En este marco, la Subsecretaría de la Niñez deberá, dentro de sus funciones, “colaborar con la administración, coordinación y supervisión de los sistemas o subsistemas de gestión intersectorial que tengan por objetivo procurar la prevención de la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su protección integral (...)” (artículo 75 letra c) de la Ley de Garantías).

Con la promulgación de esta Ley, el Estado de Chile avanza en el cumplimiento de compromisos internacionales y a sucesivas recomendaciones del Comité de Derechos del Niño al respecto, al menos en el ámbito formal.

Defensoría del pueblo u *ombudsperson* como garantía institucional

Las instituciones nacionales de derechos humanos que deben promover y proteger los derechos humanos, pueden estar reguladas por ley o en la Constitución¹⁸⁶. La figura del *Ombudsperson* se centra en la protección de las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales¹⁸⁷. Estos mecanismos responden al criterio de exigibilidad planteado por O'Mahony, que permite, junto a los otros criterios, la adopción del enfoque de derechos de niñez y adolescencia en el texto constitucional.

La opinión experta converge respecto a que esta instancia es una oportunidad para consagrar una institución nacional de derechos humanos en la nueva Constitución, con algunos matices respecto a la institución que actualmente regula la ley chilena. Las divergencias surgen respecto a qué tipo de institución se consagrará, si se constitucionalizarán las instituciones vigentes de derechos humanos, tales como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Defensoría de la Niñez, o si se crearán nuevos órganos, con otras características, más cercano a la figura de un *ombudsperson* o defensor del pueblo, por ejemplo.

Una de las características que destacan como fundamental de un órgano de derechos humanos es su carácter autónomo, acorde a los estándares establecidos en los Principios de París. En este marco y considerando la experiencia de funcionamiento que han tenido estas instituciones, las opiniones expertas mencionan la relevancia de establecer procedimientos claros y requisitos de designación de directivos de dichas instituciones que apunten a reforzar su independencia y autonomía.

Así, predomina en el discurso la postura de contar con una institución de protección de derechos humanos reforzada, es decir, la institución actual sobre la materia de derechos humanos, pero con un diseño institucional mejorado, en relación a diversos ámbitos tales como de designación, remoción, entre otros.

¹⁸⁶ Naciones Unidas (1993). Resolución 48/134 de la Asamblea General. Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales (Principios de París).

¹⁸⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2006). La Figura del *Ombudsman*: Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios, p. 11. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/22612.pdf>.





Abogado de organismo internacional de derechos humanos

(...) son importantes estas institucionalidades que son las más recientes de nuestros Estados-nación, como los ombudsman, las defensorías del pueblo o de la niñez, pero no debería ser solo el reconocimiento, **sino establecer sus mandatos y sus formas de elección, porque me parece que en ese proceso se juega el partido de su independencia, porque uno puede reconocer y se pueden tener ombudsman totalmente serviles al ejecutivo, y uno lo que quiere son órganos de control y no funcionales al poder o al gobierno de turno.** Entonces, reconocerlas en la Constitución es importante, pero también definir los mecanismos de integración y asignación presupuestal por lo menos, porque ahí se juega gran parte de las autonomías. Asignación, presupuesto y remoción, y lo digo también desde la experiencia chilena.

Por su parte, se destaca la relevancia de diseñar una institución que sea autónoma e independiente al momento de ejercer sus funciones¹⁸⁸. Así también, se releva que para resguardar la autonomía es fundamental contar con recursos financieros de los cuales pudiera disponer para desempeñar su función.

Así también, parte de las y los expertos proponen la creación de una institución integral de derechos humanos, siguiendo una fórmula más tradicional de *ombudsperson*, donde cualquier persona que haya sido vulnerada en sus derechos pueda recurrir para ser defendida en la sede correspondiente.

¹⁸⁸ A su vez, es importante destacar lo mencionado por uno de los expertos, quien aborda la importancia de contar con un sistema de protección de derechos humanos en Chile, que sea transversal, coordine e involucre a varias instituciones e instancias que tengan como propósito la observación y protección de los derechos humanos en Chile.

En ese sentido, creo que ahí hay un desafío de mirar la experiencia comparada, ver que ha resultado en otros lugares en términos de integración, de autonomía, de la gobernanza, del financiamiento, de la obligatoriedad, pero tiene que haber claramente una defensoría que se haga cargo de algo que ha quedado tan claro desde el 18 de octubre en adelante [...] Yo creo que hay que diseñar un buen sistema de protección de derechos humanos y tenemos que tomar lo que ha resultado (...) **un desafío institucional, ¿cómo mejoramos la institucionalidad para que funcione bien más allá de las virtudes de quien la va a dirigir? Creo que la lección de la experiencia reciente es que tenemos que revisar profundamente la gobernanza institucional en materia de derechos humanos** (académico de ciencias jurídicas experto en derechos humanos).

En cuanto a la Defensoría de la Niñez, institución creada el año 2018 como parte de una batería de respuestas ante las graves y sistemáticas vulneraciones de derechos a niños, niñas y adolescente identificadas, especialmente a aquellos que se encuentran bajo el cuidado del Estado, incumpliendo su rol de garante, parte del discurso señala que debería consagrarse constitucionalmente, como forma de asegurar su autonomía, característica central para ejercer su función.

Así también, parte minoritaria del discurso menciona que podría establecerse una institución de derechos humanos única con ámbitos de especialización relativos a los grupos prioritarios, entre los cuales se encuentran los niños, niñas y adolescentes.



Académica de ciencias jurídicas experta en derechos humanos

O sea, en el fondo **uno debiera pensar que la Defensoría de la Niñez se debe mantener y a lo mejor lo que se va a debatir es que si existe una Defensoría del pueblo paraguas que tenga varias defensorías temáticas, pero no cabe ninguna duda que debe haber un organismo autónomo en materia de protección de derechos humanos y en la actualidad el único que cumple estos estándares es la Defensoría de la Niñez (...)**

Se destaca que, en Chile, según la opinión experta se optó correctamente por una Defensoría con especialización en niñez y adolescencia, considerando la visión tutelar de la infancia imperante, por lo que establecer esta institución en la Constitución, implicaría fortalecerla.



Académico de ciencias jurídicas y perteneciente a organismo internacional de derechos humanos

Ahí me pareció excelente que en Chile precisamente por la visión tutelar, la Defensoría de la Niñez no apareciera dentro de la institución nacional de derechos humanos, aunque haya podido traer problemas de relación con las mismas, pero como una defensoría independiente y tal. Entonces, constitucionalizarlo terminaría haciéndolo inderogable y, en cierto modo señalando la necesidad de esa especialización.



El discurso mayoritario refiere que la Defensoría de la Niñez es una institución adecuada que debiera continuar existiendo. En relación a ello, se reitera la posibilidad de debatir y reconocer la institución y su autonomía en el ámbito constitucional, robustecerla por medio de sus facultades, entre otras cosas.

Acciones constitucionales como garantías jurisdiccionales de los derechos

Continuando con el criterio de la exigibilidad, parte minoritaria considera la importancia de contar con garantías jurisdiccionales especiales para niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, parte de la opinión experta considera relevante que se consagren acciones constitucionales accesibles para que este grupo en especial pueda reclamar sus derechos agregando, además, que se debe contar con una institucionalidad accesible y amigable con la niñez y adolescencia, de manera que efectivamente puedan ejercitar dichas acciones ante los órganos pertinentes y de manera oportuna si ven vulnerados sus derechos.



Académico internacional en ciencias jurídicas experto en derecho de familia e infancia

(...) más que un recurso específico para los niños, pensemos, ¿de qué manera los mecanismos de justiciabilidad pueden garantizar los derechos, sobre todo los fundamentales que están reconocidos en el texto constitucional, de un adulto y exactamente el mismo mecanismo pueda utilizarlo un niño, niña y adolescente? Luego sigue la puesta en práctica de ese mecanismo y tendríamos que ver a través de qué instrumentos lo hacemos amigable a los niños, niñas y adolescentes [...] **buscar acercarlo a los niños, niñas y adolescentes, que es algo que ni el mismo Comité de Derechos del Niño ha conseguido, porque el procedimiento de comunicación es individual ante el Comité, pensado específicamente para niños y niñas, cuando uno ve el mecanismo para acceder es un formulario, que incluso a un adulto abogado le cuesta entender que tiene que hacer ¿no? [...] Bueno hay que pensar en mecanismos que se les acerque a ellos y a ellas, y eso el mecanismo es el mismo, pero la vía de entrada es un tanto diferente.**

Se enfatiza la relevancia de que la implementación de las acciones constitucionales sea pertinente para este grupo de la población, es decir, la importancia de contar con la institucionalidad involucrada en la recepción, conocimiento y ejecución de las acciones presentadas, adecuando dicha institución y generando mecanismos y prácticas amistosas con la niñez y adolescencia.

Se menciona la importancia de incorporar un principio de exigibilidad respecto a los derechos de la niñez y adolescencia en la Constitución lo que, además, se relaciona con la relevancia de implementar un Sistema de garantías de derechos que permita proteger de manera efectiva los derechos de la niñez y adolescencia.



Académica de ciencias jurídicas, abogada y miembro de organismo internacional de derechos humanos

(...) o sea, es el mismo mecanismo, pero establecer el principio de exigibilidad de los derechos, de responsabilidades ante el incumplimiento de los derechos [...]. Yo veo como desafío una vez primero reconocer que se requiere de un Sistema de protección integral de derechos, la protección que estamos hablando no es de proteger físicamente o esa concepción de objeto de protección, está el niño aquí con un problema y le vamos a quitar ese problema ¡no! Estoy en esta visión en el que niño es titular de derechos y es sobre los derechos es que yo voy a exigir la protección (...). Yo creo que darle esta jerarquía constitucional también asegura o puede asegurar este desafío de transformación cultural (...)

En definitiva, apuntan a que el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia requiere de remedios accesibles ante vulneraciones o amenazas, pero también es importante contar con diseños institucionales amigables con la niñez y adolescencia y, por supuesto, acciones constitucionales accesibles para todas y todos, específicamente para los niños, niñas y adolescentes, en todo el iter procedimental.



7. Propuesta de elementos sociojurídicos para contribuir al proceso constituyente

Como previamente mencionamos, para asegurar la incorporación de un enfoque de derechos de niñez y adolescencia se deben aplicar tres criterios **visibilidad, agencia y exigibilidad**¹⁸⁹. Es posible apreciar que, esta triada debe estar presente y articulada en el texto constitucional. En este marco, las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales, son fundamentales para que los derechos puedan ser ejercidos y reclamados en la práctica y no queden solo en un plano declarativo y como meras expectativas.

A continuación, se abordarán los principales elementos sociojurídicos considerados relevantes, desde un enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, para contribuir en el proceso constituyente, a partir de la información recabada con las y los expertos sobre la materia.

● ● ●

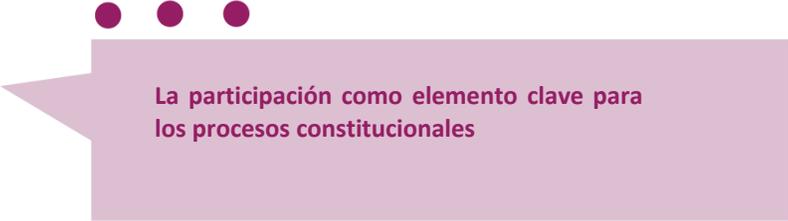
Considerar la incidencia de los factores culturales y sociopolíticos en la definición de las normas constitucionales, sin olvidar los elementos mínimos

No existe una única fórmula o un catálogo de derechos específicos que deban ser incluidos en todas las constituciones, sino que es importante analizar qué forma de reconocimiento y qué derechos son los más pertinentes de incorporar en la Carta Fundamental de un determinado país, considerando sus factores culturales y sociopolíticos.

Tampoco existe un acuerdo respecto al detalle que debe tener la Carta Política en relación a los derechos y garantías, es decir, cuánto detalle debe incorporar la normativa relativa a la niñez y adolescencia. Sin embargo, hay elementos mínimos que se deben observar para situar los derechos de los niños, niñas y adolescentes tanto en el proceso constitucional como en el texto.

Los elementos históricos, sociales y culturales inciden en las decisiones que se adoptan en relación a las cláusulas constitucionales de cada país. Incluso, algunas constituciones han intentado resolver problemas históricos en el texto constitucional. En este sentido, es importante estar atentos para evitar incluir cláusulas que, en su aplicación, puedan restringir derechos de los niños, niñas y adolescentes, solo haciendo caso a la coyuntura.

¹⁸⁹ O' Mahony, Conor (2019). Constitutional protection of children's rights: Visibility, agency and enforceability, Human Rights Law Review.



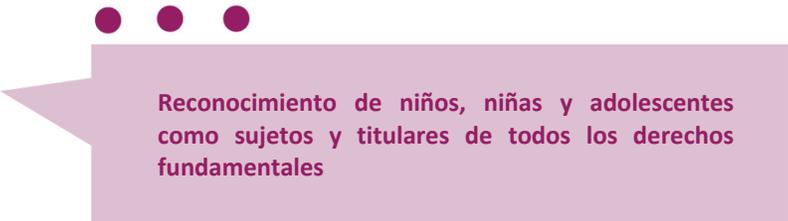
La participación como elemento clave para los procesos constitucionales

Existe una mirada transversal de las y los expertos que releva la centralidad de garantizar el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes.

En los procesos de reforma y promulgación constitucional asegurar la participación efectiva e incidente de los niños, niñas y adolescentes es fundamental desde un enfoque de derechos humanos.

Se destaca la necesidad de vincular distintos sectores de la sociedad, tales como Estado, sociedad civil y órganos de derechos humanos especializados para lograr participación efectiva de este grupo de la población en el proceso constituyente, particularmente si pretende ser inclusivo.

En este sentido, se deberá enfocar principalmente en los grupos especialmente excluidos, tales como niños, niñas y adolescentes privados de libertad, con discapacidad, de pueblos indígenas, migrantes, niñas y niños pequeños, entre otros, lo que implica un gran desafío en términos metodológicos, por la diversidad de esta población e involucra, también, considerar la variable territorial, atendiendo a las zonas lejanas, de difícil acceso y conexión.



Reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos y titulares de todos los derechos fundamentales

Es central el reconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho, y alejarse de la concepción tutelar que se encuentra arraigada en nuestra sociedad y que impide concebirlas como sujetos sociales y políticos con capacidad de agencia. Así, este reconocimiento constitucional es primero simbólico, pues permite su visibilidad y, además, es una fuerte señal política, pues sitúa al niño, niña y adolescentes en la norma fundante de mayor jerarquía.

Explicitar este reconocimiento, así como su titularidad de todos los derechos consagrados en la Constitución, también es fundamental en un sentido práctico, pues permite que niños, niñas y adolescentes puedan, ante amenaza o vulneración de los mismos, reclamarlos ante la autoridad correspondiente, sin duda alguna.



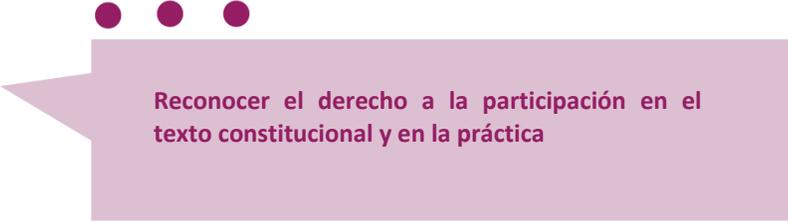
Incorporar como mínimo los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño

Los principios y derechos en la Constitución tienen un papel fundamental, tanto en el ámbito simbólico y político, como por su función jurídica y práctica en la protección de los derechos de las personas y, en este caso, de niños, niñas y adolescentes. En relación a este última, estos juegan un rol relevante al momento de integrar brechas que pueden surgir de la aplicación de la ley u otras normativas en el derecho interno.

Así, incorporar los principios estructurales de la Convención sobre los Derechos del Niño resulta un mínimo que debiese reconocerse en la Constitución, además de establecer las obligaciones que le competen al Estado, la familia y sociedad, como órganos corresponsables del resguardar estos derechos. También se recomienda mantener un lenguaje similar al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que favorecerá la correcta interpretación de las cláusulas y su aplicación en la práctica, considerando que existe jurisprudencia al respecto y Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

En cuanto a los principios y derechos específicos de la niñez y adolescencia que se deben reconocer a nivel constitucional, la opinión experta releva algunos, tales como:

- **El interés superior del niño**, reconocido como uno de los fundamentales. Este principio en áreas como migración, justicia penal juvenil, temáticas medioambientales, entre otras, obliga a las autoridades a que su toma de decisiones sitúe los derechos de la niñez y adolescencia en el centro de la discusión.
- **La participación**, como un principio esencial, para la vida de los niños, niñas y adolescentes. Participación que debe ser transversal, en todos los ámbitos e instancias en las cuales estén involucrados este grupo o los pueda afectar.
- **El desarrollo integral**, es un principio que se puede relacionar, por un lado, con los derechos sociales de los niños, niñas y adolescentes y, por otro lado, con la obligación del Estado y la familia (madres, padres, cuidadores, entre otros) de desarrollar las condiciones necesarias para su ejercicio, por tanto, en la práctica engloba diversos aspectos de la vida de los niños, niñas y adolescentes.
- **La autonomía progresiva**, se concibe como un principio o concepto que debe ser reconocido en la carta constitucional, particularmente considerando un contexto social como el chileno, caracterizado por reconocer fuertes derechos/deberes a las familias en el texto vigente y la invisibilización de niños, niñas y adolescentes. Su incorporación permitiría equilibrar y ajustar el rol de las familias, padres, madres en consonancia con la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

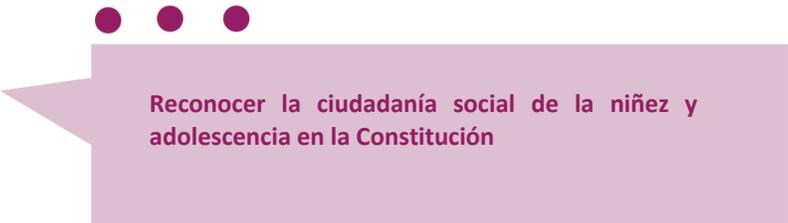


Reconocer el derecho a la participación en el texto constitucional y en la práctica

Si bien es fundamental asegurar la participación efectiva e incidente de la niñez y adolescencia en el proceso constituyente, es importante reforzar que la participación debe exceder este proceso y alcanzar todos los espacios e instancias de la vida de los niños, niñas y adolescentes, tales como la familia, la escuela, la comunidad, entre otros ámbitos.

Se advierte la importancia de incluir la participación de este grupo en todos los espacios e instancias posibles de la sociedad, tanto en los espacios más íntimos como aquellos más públicos. Esto es tanto en instituciones como la familia, la escuela, la comunidad, órganos del Estado locales, regionales, nacionales, entre otros. Se hace especial énfasis en lograr esta participación en la familia, la escuela y la comunidad, considerando que estos espacios son los más cercanos e incidentes en la vida cotidiana de los niños, niñas y adolescentes.

Para asegurar el ejercicio a la participación se destaca la importancia de lograr un cambio cultural, que apunte democratizar las relaciones en general, partiendo por aquellas que se establecen dentro de las familias.



Reconocer la ciudadanía social de la niñez y adolescencia en la Constitución

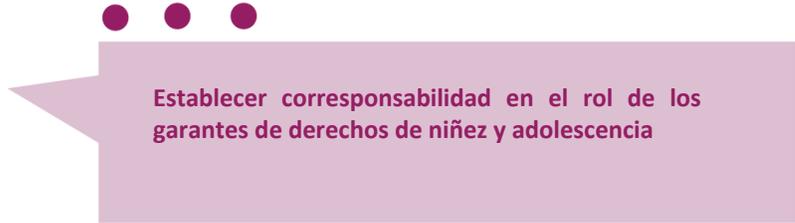
La opinión mayoritaria reclama una concepción de ciudadanía social, cuyo ejercicio no dependa de la edad, ni de la nacionalidad ni tampoco del derecho a sufragio. Una concepción amplia, que sea inclusiva e impacte en la vida cotidiana de los niños, niñas y adolescentes.

En Chile, se concibe como ciudadanas y ciudadanos a los mayores de 18 años y de nacionalidad chilena, puesto que así lo establece la Constitución, es por ello que desarticular la ciudadanía de la edad y nacionalidad es un desafío para este proceso constitucional.

Por su parte, en relación al derecho a sufragio de los y las adolescentes, la revisión comparada en su mayoría la fija a los 18 años y en algunos casos se ha bajado a los 16 años. En varios de ellos se señala que no es un tema que se esté discutiendo de manera prioritaria en relación a la niñez y adolescencia (por ejemplo, esto ocurre en Noruega e Irlanda).



Así también cabe preguntarse si el derecho a voto facultativo adolescente se debe discutir y zanjar en sede constitucional o se puede regular legalmente, como lo han hecho en Argentina y Brasil.



**Establecer corresponsabilidad en el rol de los
garantes de derechos de niñez y adolescencia**

Los niños, niñas y adolescentes, deben concebirse como sujetos relacionales, vinculados estrechamente con el mundo adulto, en un contexto social determinado. De este modo, es importante considerar que el ejercicio de sus derechos requiere y depende (particularmente en edades tempranas y niñez con discapacidad), especialmente, del desempeño adecuado del rol de las familias, comunidad y un Estado que soporte esta estructura, y que garantice la satisfacción plena de sus derechos, atendiendo, en todo momento a su autonomía progresiva.

Desde un enfoque de derechos, el rol del Estado, como garante de derechos humanos, es fundamental. Es por ello que el reconocimiento explícito y claro de sus obligaciones respecto a la efectivización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es central en el ámbito constitucional y legal. Esto es particularmente relevante en una cultura como la chilena, en la que muchas veces se sitúa a la familia como única responsable de la satisfacción de derechos de niños, niñas y adolescentes.

El rol de las familias como co-garantes, de madres, padres y cuidadores, en específico, tiene que ser el de orientar y acompañar el ejercicio de derechos, no el de sustituir la voluntad y opinión de los niños, niñas y adolescentes. Así también, su rol debe apuntar a proveer las condiciones necesarias para su desarrollo integral, por lo que resulta fundamental tener en consideración el concepto de autonomía progresiva en el despliegue del rol de garante, el que se debe observar permanentemente.

Implementar los derechos de la niñez y adolescencia por medio de una institucionalidad especializada

La institucionalidad de niñez y adolescencia debe ser acorde a los derechos y principios que se consagran en la Constitución. En la experiencia internacional es posible advertir falencias en traducir los derechos de este grupo de la población al ámbito institucional.

En general, una de las brechas es que la institucionalidad en este ámbito adolece de ciertas falencias, como estar sumamente centralizada y no contar con la especialización adecuada. Todo lo anterior redundaría en la inacción o incumplimiento de su obligación de garante respecto a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Esta institucionalidad puede estar establecida a nivel constitucional o legal, sin embargo, se destaca que incorporar un mandato constitucional sobre la Ley que establece un sistema de protección integral y garantías aporta estabilidad y posiciona dicho sistema.

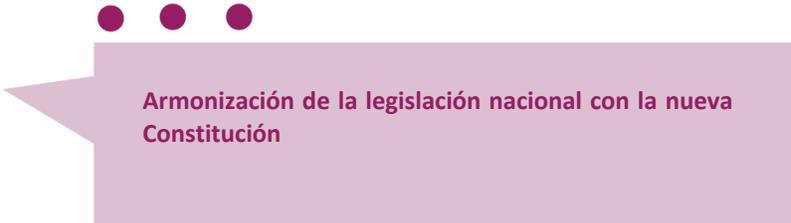
Establecer mecanismos de justiciabilidad en la Constitución, accesibles para niños, niñas y adolescentes

La justiciabilidad de los derechos, particularmente de niños, niñas y adolescentes, es un tema considerado complejo en la mayoría de los países, que no cuentan con especialización en niñez y adolescencia en el ámbito de la justicia.

En este sentido, se identifican brechas difíciles de superar para los niños, niñas y adolescentes al momento de acceder a la justicia y reclamar sus derechos. Si bien las acciones constitucionales en el ámbito formal pueden ser utilizadas por este grupo de la población, en la práctica se hace imposible por las características del sistema.

La falta de especialización no solo se refiere al personal que trabaja en estas instituciones, tales como abogadas y abogados, juezas y jueces, trabajadores sociales, entre otros, sino que también a que el diseño institucional no contempla las necesidades y derechos de niños, niñas y adolescentes. Si bien toda la institucionalidad de un país debiera considerarles, es particularmente crítico que el sistema de justicia no lo haga, por tanto, asegurar mecanismos de justiciabilidad observando derechos de niños, niñas y adolescentes constituye una prioridad central.





Armonización de la legislación nacional con la nueva Constitución

De reconocerse a niños, niñas y adolescentes y sus derechos en la nueva Constitución, se advierte la relevancia de armonizar las leyes, reglamentos e instituciones existentes previamente a la nueva Constitución. Por la complejidad de la tarea, se recomienda contar con un equipo que diseñe un mecanismo de seguimiento al proceso de armonización, destinando recursos adecuados y suficientes para ello.

La alianza entre la sociedad civil (relacionada con niños, niñas y adolescentes), la Defensoría de la Niñez, los partidos políticos y los poderes del Estado, todos trabajando juntos y coordinados, es central en el involucramiento de la sociedad y la concientización de los derechos de la niñez y adolescencia después de la promulgación de la Carta Fundamental.

En este sentido la articulación de una nueva Constitución con la normativa establecida en la Ley de Garantías, así como su implementación, deberá estar coordinada y articulada con la nueva Constitución.

Si bien la Carta Política es la norma fundante y de mayor jerarquía, la normativa legal y reglamentaria es fundamental para dar contenido y concreción a estos derechos y principios.

Conclusiones

La aplicación del enfoque de derechos de la niñez y adolescencia en los procesos constitucionales no debe centrarse solamente en su reconocimiento y titularidad de derechos, sino que también es relevante situar sus derechos en el debate constitucional de manera transversal.

De acuerdo a la experiencia internacional revisada, existen antecedentes que se refieren a las vulneraciones de derechos humanos tanto respecto a la niñez y adolescencia en particular, como en relación a la población en general, lo que refuerza la relevancia de su reconocimiento como una forma de reivindicación y visibilización, en pro del respeto de sus derechos. Lo anterior permite una reflexión que se basa en la existencia de problemas concretos que requieren acuerdos políticos robustos, que empujen modificaciones en el texto constitucional y apunten a la incorporación de normativas relativas a los derechos de la niñez y adolescencia.

Sin embargo, el ejercicio de derechos exige contar con una serie de condiciones culturales, sociales, políticas y económicas que permitan el desarrollo de sus proyectos de vida. Según la opinión experta esto es clave de considerar en niñez y adolescencia, grupo el cual tiene una posición más desaventajada, sujeto a afectaciones más críticas, especialmente en el caso de la niñez indígena, disidencias sexuales, niñez con discapacidad, quienes se encuentran bajo el cuidado del Estado, en situación de migración, primera infancia, entre otros.

Cabe señalar que uno de los grandes desafíos se relaciona con la obligación del Estado a no discriminar a este grupo en relación a las medidas afirmativas, lo que implica un tratamiento diferenciado y de protección reforzada en relación a ellas y ellos, de modo de establecer un sistema de protección de derechos humanos en la nueva Constitución que sitúe en el centro los derechos de las personas, en especial, de niños, niñas y adolescentes, considerando que son un grupo históricamente excluido.

En este sentido, uno de los temas de atención y preocupación principal en el caso de nuestro país fue la extensa tramitación de la Ley de Garantías y Protección de Derechos de Niñez y Adolescencia, recién publicada el 15 de marzo de año 2022, lo que genera ahora el desafío y deber prioritario de llevar a cabo su implementación de manera oportuna, eficiente y eficaz, asegurando así el ejercicio efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes en todo el país de manera concreta.

Por su parte, la participación social y política efectiva e incidente de los niños, niñas y adolescentes, garantizada a nivel constitucional, se considera un elemento clave para cambiar lógicas presentes en nuestra cultura, instituciones y en la sociedad. Por tanto, consagrar estas instancias y mecanismos de participación, se considera fundamental para desinstalar el paradigma tutelar y la cultura adultocéntrica de este país, permitiendo asegurar que se reconozca y trate, de manera concreta y práctica, a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. Es muy llamativo constatar que,



en la experiencia internacional revisada, la participación social y política es un desafío y no una realidad.

De esa manera, reconocer el derecho antes mencionado e implementarlo, se constituye en un desafío central para Chile, particularmente desde el ámbito local y comunitario, considerando los contextos y espacios más próximos a los niños, niñas y adolescentes, lo que se relaciona estrechamente con el principio de descentralización, generando regiones y localidades más empoderadas e incidentes que propicien mejores condiciones para una democracia con mayores espacios deliberativos para la ciudadanía, en un sentido amplio.

Por último, cabe enfatizar que, además, de lo constitucional y normativo abordado en este estudio de manera principal, el ámbito sociocultural fue considerado como un aspecto trascendental por parte de las expertas y expertos para poder dar cumplimiento a los derechos de la niñez y adolescencia en la práctica. Su reconocimiento y respeto efectivo por parte de todos los garantes, y no solo por las normativas y sistemas estatales, resulta un aspecto clave. En este sentido, resulta interesante poder profundizar en este ámbito en futuras investigaciones.

Referencias bibliográficas:

Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, 15 de noviembre de 2019. Disponible en:

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

Aláez, Benito. 2003. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos.

Ansuátegui, Francisco Javier. 2005. *Ordenamiento jurídico y derechos humanos. En 10 palabras clave sobre derechos humanos*, pp. 305-347. Editorial Verbo Divino.

Ansuátegui, Francisco Javier. 2014. Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. En *Democracia: Ensayos de filosofía política y jurídica*. Fontamara.

Archard, David. 2004. *Children: rights and childhood*. Segunda edición. Nueva York: Routledge.

BBC News Mundo. 2019. *Protestas en Chile: la 'epidemia' de lesiones oculares que ponen en entredicho al gobierno de Piñera*, noticia del 8 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50354968>.

Barranco, María del Carmen. 2000. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Cepal. 2020. *El desafío social en tiempos del Covid-19*. Informe especial Covid-19, N° 3, 12 de mayo de 2020.

Cideni. 2019. *Derechos en acción: ¿cómo ha ido cambiando la infancia en Chile en 25 años? Análisis comparado datos censales, 1992-2017*. Disponible en: [http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/04/01_DerechosEnAccion-Cideni.pdf#:~:text=2.1.,-El%20Peso%20de&text=La%20poblaci%C3%B3n%20de%20Chile%2C%20seg%C3%BAa%3%B1os%20\(4.259.155\)](http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/04/01_DerechosEnAccion-Cideni.pdf#:~:text=2.1.,-El%20Peso%20de&text=La%20poblaci%C3%B3n%20de%20Chile%2C%20seg%C3%BAa%3%B1os%20(4.259.155)).

CIDH. (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, 15 de septiembre de 2018, párr. 42. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasyPublicasDDHH.pdf>.



Cillero, Miguel. 2017. Interés superior del niño: apuntes para su reconocimiento constitucional. En *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, pp. 47-80. Santiago de Chile: Unicef.

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).

Comité de los Derechos del Niño. 2011. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Comité de los Derechos del Niño. 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile; Comité de los Derechos del Niño (2007). Observaciones finales: Chile, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención.

Comité de los Derechos del Niño. 2017. Observación general N° 21 sobre los niños en situación de calle.

Comité de los Derechos del Niño. 2018. 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.

Comité de los Derechos del Niño. 2020. “El Comité de los Derechos del Niño advierte sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia de Covid-19 en los niños y hace un llamado a los Estados para proteger los derechos de los niños”, declaración de 8 de abril de 2020 (traducción de Francisco Estrada).

Couso, Jaime. 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 los derechos, *Justicia y derechos del niño*, N° 1, pp. 79-104, Unicef.

Defensoría de la Niñez. 2020. Informe Anual 2020. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Capítulo 2, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado de un Estado en crisis*.

Defensoría de la Niñez. 2021. *Informe Anual 2021. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*.

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: <https://www.defensorianinez.cl/informe-verdad-justicia-reparacion/>

Defensoría de la Niñez. 2021. Minuta N° 3. Enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia en la Convención Constitucional. Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/10/Minuta-3_Enfoque-de-DDHH-y-NC-VF.pdf.

Elster, John. 2015. Ulises y las sirenas. Traducido por: Utrilla, Juan José, primera edición electrónica. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Espejo, Nicolás. 2017. El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República. En Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile, pp. 11-43. Santiago de Chile: Unicef.

Lino, Dylan. 2014. Written constitutions and the Politics of Recognition: symbolism and substance. Conference Paper, World Congress of Constitutional Law, 19 June 2014, p. 1 (traducción libre).

Lovera, Domingo. 2021. El camino constituyente de los pingüinos: Ensayo y aprendizaje. En: La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución, segunda edición. Santiago de Chile: La Pollera.

Lovera, Domingo [s/a]. Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura, Contexto. Disponible en: https://plataformacontexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/04/210421_minuta_ReconocimientoConstitucionaldenin.es_experto.pdf.

Ministerio de Desarrollo Social. 2017. Niños, niñas y adolescentes en Chile, síntesis de resultados. Disponible en: <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-2017>.

Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2021. Resultados: ingreso, trabajo y ayudas en bienes y/o dinero, tercera ronda de julio de 2021 de encuesta social Covid-19, Observatorio Social, Subsecretaría de Evaluación Social.

Nash, Claudio (director). 2020. Insumos para una constitución fundada en derechos humanos. Análisis basado en ideas ciudadanas, derecho internacional y experiencia comparada, Konrad Adenauer Stiftung.

O’ Mahony, Conor. 2019. Constitutional protection of children’s rights: Visibility, agency and enforceability, Human Rights Law Review, p. 19.



Pilotti, Francisco. 2001. *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, División de Desarrollo Social, CEPAL, Santiago de Chile.

Prieto, Luis. 1990. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.

Unicef. 2014. *Child Rights Education Toolkit: Rooting Child Rights in Early Childhood Education, Primary and Secondary Schools*, Ginebra.

Unicef (2022). *Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes. Serie de formación sobre el enfoque basado en los derechos de la niñez*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Verhellen, Eugeen. 2015. “The Convention on the Rights on the Child. Reflections from a historical, social policy and educational perspective”, *Routledge International Handbook of Children’s Rights Studies*, pp. 43-59.

Anexos

Anexo N°1

Estimada
Oficio o cargo
Presente

PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE INDAGACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Por medio de la presente carta nos dirigimos a usted con el objetivo de solicitar su colaboración en la realización de un proyecto de indagación de la Defensoría de la Niñez, llamado ***“Incorporación del enfoque de derechos humanos de la niñez y adolescencia en el proceso constitucional, antecedentes y recomendaciones para el caso chileno”***. Con este propósito se le entrega información para ayudarle a tomar la decisión de participar -o no- en él.

El objetivo de este proyecto es identificar elementos socio jurídicos que permitan la incorporación del enfoque de derechos humanos de la niñez y adolescencia en la Constitución Política de la República, a través de la recopilación de antecedentes, a nivel nacional e internacional, para generar una propuesta desde la Defensoría de la Niñez que fortalezca este inédito y crucial proceso constituyente que enfrenta Chile.

En este marco, solicitamos su participación por medio de una entrevista realizada por plataforma zoom, de aproximadamente 1 hora y 15 minutos de duración, la que será realizada en español, con traducción simultánea al inglés. Esta entrevista será grabada, sin embargo, sólo se conservará el archivo de audio que permita el análisis de la información, el que será tratado de manera confidencial y sólo será analizado por los/las investigadores/as responsables del trabajo.

Su participación en esta actividad es completamente voluntaria. Usted tiene el derecho a no aceptar participar o a retirar su consentimiento y dejar de participar en esta actividad en el momento que lo estime conveniente, sin mediar explicación alguna y sin consecuencias para usted. Si usted retira su consentimiento, el registro de su entrevista (grabaciones) serán eliminados y la información obtenida no será utilizada.

La información que usted entregue sólo será usada para los fines de este proyecto y se reportará de manera agrupada y anonimizada en los reportes que se produzcan en el contexto del mismo, a menos que Ud. otorgue permiso explícito para usar su nombre en los informes y/o reportes que se produzcan, de resultar necesario. Se le consultará si prefiere que los datos que entregue se mantengan anónimos o si prefiere que se identifique con su nombre. En el caso de que este material fuese grabado bajo la premisa de anonimidad, se mantendrá así siempre.

No se anticipan riesgos asociados a su participación en este proyecto de indagación. Sin embargo, si algunas de las preguntas le producen incomodidad puede pasarlas por alto por las razones que Ud. estime pertinentes. La entrevista puede interrumpirse o detenerse cuando usted lo indique, sin tener que dar explicación alguna.



La participación en este proyecto no reportará ningún tipo de beneficio o perjuicio en su lugar de trabajo. La información que usted entregue no será comunicada a sus superiores ni a ninguna otra persona de su institución.

La información recolectada para este proyecto podría ser objeto de publicación y difusión por la Defensoría de la Niñez, en documentos tales como su Informe Anual, boletines, minutas, entre otros, y podría ser difundida en distintos espacios relativos al proceso constituyente, entre otros, relacionados a las funciones de la Defensoría de la Niñez. En cualquiera de estos casos se trabajará con las mismas condiciones de confidencialidad descritas en este consentimiento informado.

Si en el futuro los datos obtenidos fueran requeridos para propósitos diferentes a los de este proyecto, se solicitará un nuevo consentimiento.

El material recolectado quedará bajo la responsabilidad de la Defensoría de la Niñez. Si usted tiene cualquier tipo de pregunta acerca de este trabajo, puede contactarse con Victoria Becerra Osses, Coordinadora Ejecutiva de esta institución, al teléfono 56 2 24979600, correo electrónico vbecerra@defensorianinez.cl quien, además, podrá ser contactada si usted tiene algún reclamo o si considera que sus derechos no han sido respetados en el marco de este proyecto.

HABIENDO LEÍDO EN DETALLE LO EXPLICITADO PRECEDENTEMENTE, DECLARO QUE:

- Se me ha entregado información sobre el propósito de este proyecto, los procedimientos, los riesgos, los beneficios y los derechos que me asisten.
- No estoy renunciando a ningún derecho que me asista.
- Se me ha informado que tengo derecho a reevaluar mi participación según mi parecer.
- Firmo este documento voluntariamente, sin ser forzado/a a hacerlo.
- Al momento de firmar el presente documento, se me entrega o envía por correo electrónico una copia firmada de éste y la otra copia queda en poder del/la investigador/a responsable.

Nombre participante

Firma

Mi nombre podrá ser utilizado sin problema en las publicaciones u otras formas de divulgación de los resultados del proyecto de indagación.

Nombre Investigador(a) Responsable

Firma

Fecha: _____

Ms.

PRESENTATION OF THE RESEARCH PROJECT AND INFORMED CONSENT

We hereby write to you to request your collaboration in a research project conducted by Chile's Ombudsman for Children's Office, entitled '**Incorporation of a human rights-based approach for children and adolescents in the constitutional process: background and recommendations for the Chilean case**'. Therefore, the following information is provided to help you decide whether to participate.

This project seeks to identify the social and legal elements that will lead to the incorporation of a human rights-based approach for children and adolescents in the Political Constitution of the Republic. To do that, the Ombudsman for Children's Office plans to gather background information at the national and international levels and draft a proposal aimed at supporting the unprecedented and crucial constituent process currently under way in Chile.

Given this framework, we would like to invite you to attend an online interview via Zoom, for approximately 1 hour and 15 minutes, conducted in Spanish with simultaneous translation into English. The interview will be recorded, however, only the audio file would be stored for future analysis by the researchers, and the entire content will be treated as strictly confidential.

Your participation in this activity is completely voluntary. You have the right to refuse to participate or to withdraw your consent at any time, without any explanation or repercussions to you. If you withdraw your consent, the record of your interview (audio files) will be deleted and its content will not be used.

The information provided will be used exclusively for the purposes of this project and will be grouped and anonymized for reporting, unless explicit permission has been given by you to include your name in the reports, if necessary. You will be asked to confirm that you wish that the data you provide be kept anonymous or if you prefer to be identified by name. If anonymity is preferred, the recorded material will remain permanently unidentified. Likewise, the translator hired for the interview will have signed a confidentiality agreement.

It is safe to say that no risks are foreseen regarding your participation in this project. However, if some of the questions make you uncomfortable, you can simply leave them answered as you deem appropriate. The interview can be interrupted or stopped at your request, without any explanation needed.

Participation in this project will not lead to any type of benefit or harm regarding your professional activity. The information you provide will not be communicated to your superiors or to any other person at your workplace.

The information gathered could be published and disseminated by the Ombudsman for Children's Office in documents such as its Annual Report, newsletters, minutes, among others, and could be made public on some occasions during the constitutional process, and other instances related to our office's work. In any of these cases, all aforementioned confidentiality standards will apply.

If there is a future need to use the collected data for purposes other than those of this project, a new consent will be requested.



The gathered material will remain under the responsibility of the Ombudsman for Children's Office. If you have any question about this work, please contact Victoria Becerra Osses, Executive Coordinator for our office, at 56 2 24979600, or at vbecerra@defensorianinez.cl. Ms Osses may also be contacted if you have any complaints or if you consider that your rights have not been respected within the framework of the project.

HAVING READ IN DETAIL THE EXPLANATION ABOVE, I HEREBY DECLARE THAT:

- I have been given clear information about the purpose of this project, its procedures, risks, benefits and the rights to which I am entitled.
- I do not waive any rights to which I am entitled.
- I have been informed that I have the right to reassess my participation at any time as I deem appropriate .
- I hereby sign voluntarily and with full knowledge of its significance.
- At the time of signature, a signed copy of the informed consent has been given to me or sent by email, and another copy kept by the researcher in charge.

Participant's name

Signature

I agree that my name may be used in publications or other forms of dissemination of the results of the research.

Anexo N°2

Pauta de entrevista semi-estructurada a actores estratégicos de casos internacionales

PAUTA DE INDAGACIÓN I

Preparación

“Buenos días/tardes. Mi nombre es _____ y soy investigadora de la Defensoría de la Niñez. En primer lugar, gracias por participar en esta entrevista y dedicarnos parte de su valioso tiempo. Como sabes, nuestro país está en un momento muy importante, en el proceso de elaboración de una nueva constitución y nos gustaría conocer su opinión experta en relación a diversos ámbitos tales como el constitucional y derechos humanos relativos a la niñez y adolescencia y su participación social y política en su país.

Antes de empezar, te agradecería puedas leer este documento. Es el consentimiento informado que envíe por correo electrónico, dice que su participación es voluntaria, que toda la información es anónima, si así lo quiere y que sólo será usada para la investigación y los productos de difusión derivadas de ella, tales como Informe Anual, boletines, entre otros. Además, dice que esta conversación será grabada. Si estás de acuerdo te pido que la firmes” (firmar dos copias, entregar una).

“Muchas gracias, ahora empezaremos con la entrevista, que durará como máximo 60 minutos. Voy a grabar para no olvidar nada importante, si es que estás de acuerdo” (esperar respuesta antes de grabar).

“Para comenzar...

Momento inicial

Tema	Preguntas sugeridas
Experiencia del/la experto/a	<ul style="list-style-type: none">• ¿Cuál es su profesión y en qué ámbito se desempeña? ¿Desde cuándo trabaja en el tema, en qué instituciones/roles?



Momento intermedio

Tema	Preguntas sugeridas
Contexto sociopolítico de la incorporación de los derechos de niñez y adolescencia en la Constitución	<ul style="list-style-type: none"> • Para partir nos podría contar cuál fue el contexto social y político en que se dio (dieron) la (o las) incorporación (es) de los derechos de niñez y adolescencia a la Constitución? • ¿Cuál fue la participación de los niños, niñas y adolescentes en estos procesos? • ¿En qué temas de niñez y adolescencia se concentró el debate? • ¿Qué argumentos se vertieron a favor y en contra de la inclusión de las normas constitucionales relativas a los derechos de la niñez y adolescencia?
Principios y derechos constitucionales relativos a niños, niñas y adolescentes que se incorporaron y valoración.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuáles fueron los principios o normas relativos a la niñez y adolescencia más relevantes incorporados en la Constitución? • ¿Cuál es su opinión respecto a las normas relativas a la niñez y adolescencia que se incorporaron en la Constitución? • ¿Cuál es la concepción de niñez y adolescencia que se plasmó en la Constitución a partir de estas normas? • A su juicio ¿cuál ha sido la importancia que para la niñez y adolescencia y la sociedad en su conjunto ha tenido esta incorporación de normativa constitucional? <p>Si el experto/a no menciona estos ámbitos en sus respuestas, indagar en:</p> <p>a. ¿Cómo se recogió el estatus jurídico de la niñez y adolescencia en la Constitución?</p> <p>b. ¿Cómo se estableció el derecho a la ciudadanía y a la nacionalidad en la Constitución en relación a los niños, niñas y adolescentes?</p> <p>c. ¿Cuáles son los mecanismos de participación de los niños, niñas y adolescencia recogidos en la Constitución?</p> <p>d. ¿Cuáles son los mecanismos de cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia en la Constitución?</p>
Institucionalidad de niñez y adolescencia en la Constitución.	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es la institucionalidad de la niñez y adolescencia que se establece en la Constitución? ¿Cómo funciona?

<p>Implementación de las normas constitucionales relativas a NNA en la práctica y su valoración.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es su percepción sobre dichas incorporaciones en cuanto a la práctica y/o su implementación a nivel nacional, regional o local? (normativa legal, administración del Estado, jurisprudencia, políticas públicas, etc.)
<p>Normas sobre derechos de la niñez y adolescencia que no fueron incorporadas a la Constitución y valoración</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuáles normas relativas a la niñez y adolescencia no fueron recogidos en la Constitución? (Brechas entre lo que se debatió en el proceso constitucional o previo a la reforma y lo que finalmente se recogió en la Constitución) • ¿Cuáles han sido los problemas prácticos relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes derivados de esta ausencia normativa?
<p>Instituciones, leyes y políticas públicas sobre niñez y adolescencia en el país (antes y después de la incorporación de normas constitucionales niños, niñas y adolescentes).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuáles son las principales leyes, reglamentos y/o instituciones relativas a la niñez y adolescencia en este país además de las establecidas en la Constitución? • ¿Cuáles surgieron posterior a la promulgación o cambio constitucional? • ¿Cómo funcionan entre ellas?
<p>Estándar constitucional relativo a la niñez y adolescencia (intereses de desarrollo, protección y autonomía de niños, niñas y adolescentes).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En relación a la experiencia constitucional de su país ¿cuáles son los enfoques, conceptos o normas constitucionales relativas a niñez y adolescencia se debiesen establecer en una Constitución? (elementos esenciales, buenas prácticas, etc.)



Momento final

(Aclarar respuestas ambigüas, cosas que hayan quedado poco claras)

“Finalizamos la entrevista, pero no sé si Ud. tiene algo más que quiera decir sobre la constitución y derechos humanos de la niñez y adolescencia en su país, algo que yo no haya preguntado o quisieras profundizar” (esperar respuesta).

“Con esto hemos terminado la entrevista. Agradezco mucho haber podido conversar Ud., conocer su opinión experta en relación a este tema. Ha sido muy interesante, y valoro el tiempo que se ha dado para hablar conmigo el día de hoy. Esperamos que esta investigación pueda aportar en el proceso constitucional chileno. Le enviaremos el informe final de la investigación vía correo electrónico. Que estés muy bien y muchas gracias”.

Pauta de entrevistas a expertos/as sobre la experiencia constitucional chilena

PAUTA DE INDAGACIÓN II

Preparación

“Buenos días/tardes. Mi nombre es Orielle Ahumada y soy investigadora de la Defensoría de la Niñez. En primer lugar, gracias por participar en esta entrevista y dedicarnos parte de su valioso tiempo. Como sabes, nuestro país está en un momento muy importante, en el proceso de elaboración de una nueva constitución y nos gustaría conocer su opinión experta en relación a diversos ámbitos tales como el constitucional y derechos humanos relativos a la niñez y adolescencia y su participación social y política en su país.

Antes de empezar, agradecería puedas leer este documento. Es el consentimiento informado que envíe por correo electrónico, dice que su participación es voluntaria, que toda la información es anónima, si así lo quiere y que sólo será usada para la investigación y los productos de difusión derivadas de ella, tales como Informe Anual, boletines, entre otros. Además, dice que esta conversación será grabada. Si estás de acuerdo te pido que la firmes” (firmar dos copias, entregar una).

“Muchas gracias, ahora empezaremos con la entrevista, que durará como máximo 50 minutos. Voy a grabar para no olvidar nada importante, si es que estás de acuerdo” (esperar respuesta antes de grabar).

“Para comenzar...

Momento inicial

Tema	Preguntas sugeridas
Experiencia del/la experto/a	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es su profesión y en qué ámbito se desempeña? ¿Desde cuándo trabaja en el tema, en qué instituciones/roles?

Momento intermedio

Tema	Preguntas sugeridas
Rol de los niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es tu opinión en relación a la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso constitucional chileno?
Mecanismos de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso Constituyente	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué mecanismos o instancias de participación de niñas, niños y adolescentes se debieran contemplar en el proceso? (información, formación y participación efectiva de niños, niñas y adolescentes) • ¿Cómo crees que debiesen ser los mecanismos acceso a la información, difusión y rendición de cuentas del proceso hacia niñas, niños y adolescentes para asegurar su efectiva participación? • ¿Nos puedes contar acerca de experiencias de participación de NNA exitosas en Chile o en otro país?
Reconocimiento y concepción de la niñez y adolescencia en la Constitución	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es tu opinión respecto a la importancia de la incorporación de normas relativas a los derechos de la niñez y adolescencia en la Constitución? • ¿Cuál es la concepción de la niñez y adolescencia que debiera reconocer la Constitución? ¿Cómo debería ser este reconocimiento? • ¿Qué tipo de relación se debería reconocer entre el Estado/la sociedad/familia y los niños, niñas y adolescentes?



<p>Incorporación de principios relativos a la niñez y adolescencia en la Constitución y su valoración</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dependiendo del ámbito de especialización del/la experto/a profundizar en las siguientes preguntas: • En relación a la niñez y adolescencia ¿Desde su perspectiva cuál es la concepción/visión de ciudadanía que se debería establecer en la Constitución? • En relación a los principios generales ¿cuáles son aquellos que deberían resguardarse relativos a las niñeces? (por ejemplo: priorización de los derechos de la niñez y adolescencia, principios de actuación del Estado hacia la niñez y adolescencia, rol del Estado en la provisión de políticas y servicios hacia NNA, etc.) • En cuanto a principios específicos en relación a los NNA ¿cuáles deberían tener reconocimiento constitucional? ¿Por qué? (ISN, igualdad y no discriminación, participación, etc.)
<p>Derechos y Garantías de los niños, niñas y adolescentes e institucionalidad de niñez y adolescencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué opina con respecto a reconocer los derechos y garantías de la niñez y adolescencia en el catálogo de derechos constitucionales? ¿Cómo se debiera realizar este reconocimiento? (solo Convención sobre los Derechos del Niño, qué otros instrumentos). <p>Si el o la experta no hace referencia, se deberá indagar en:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué nivel de profundización/detalle debieran tener los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución? • ¿Cuáles son los derechos relativos a la niñez y adolescencia que se deben incluir en la Constitución? (Derechos civiles y políticos, DESCAs, etc.) • ¿Cuáles son las garantías específicas que se debieran establecer a nivel constitucional de estos derechos?

	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuáles son los mecanismos de exigibilidad de derechos a nivel constitucional que se debieran establecer?
Derechos relacionados con la participación de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución (legitimación democrática)	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué opina respecto al reconocimiento constitucional de los derechos de participación de los NNA? (Por ejemplo, el derecho de asociatividad de niñas, niños y adolescentes). • A partir de la Constitución ¿Cómo los órganos del Estado e instancias de participación ciudadana deliberativas deberían incorporar a los niños, niñas y adolescentes? • En cuanto a la edad de votación en elecciones ¿debería haber norma constitucional que rebaje la edad de votación actual?
Rol de los órganos del Estado en relación a la garantía de la participación de los niños, niñas y adolescentes	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo los órganos de los diferentes poderes del Estado a distintos niveles (nacional, regional o local) deberían garantizar el derecho a participación de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito constitucional? (Se puede hacer referencia al derecho a petición y acceso a la información de niñas, niños y adolescentes en las acciones y políticas públicas y en gestión pública).
Institucionalidad de niñez y adolescencia en la Constitución	<ul style="list-style-type: none"> • En cuanto a la institucionalidad de la niñez y adolescencia ¿cuáles instituciones de niñez y adolescencia deben tener reconocimiento constitucional? (tanto nuevas como ya existentes) (específicamente en relación al reconocimiento del sistema de protección de derechos de niñez y adolescencia).
Leyes, reglamentos y políticas públicas sobre niñez y adolescencia en Chile	<ul style="list-style-type: none"> • Según lo conversado, a nivel de implementación de derechos y garantías relativas a la niñez y adolescencia ¿qué estructuras legales, administrativas y/o políticas públicas deben acompañar el reconocimiento constitucional relativo a niñez y adolescencia en Chile? • ¿Cuáles instituciones, normas y/o políticas públicas ya existentes en Chile se deberían potenciar, reforzar y/o resguardar desde el ámbito constitucional?



Momento final

(Aclarar respuestas ambiguas, cosas que hayan quedado poco claras)

“Esas son las preguntas que tenía, pero no sé si Ud. tiene algo más que quiera decir sobre materias constitucionales y derechos humanos de la niñez y adolescencia y su participación, algo que yo no haya preguntado o quisieras profundizar” (esperar respuesta).

“Con esto hemos terminado la entrevista. Agradezco mucho haber podido conversar Ud., conocer su opinión experta en relación a este tema. Ha sido muy interesante, y valoro el tiempo que se ha dado para hablar conmigo el día de hoy. Esperamos que esta investigación pueda aportar en el proceso constitucional chileno. Le enviaremos el informe final de la investigación vía correo electrónico. Que esté muy bien y muchas gracias”.

Anexo N°3

1. Constitución Política de Colombia 1991



2. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Promulgación de la Constitución: La incorporación de derechos específicos de niñez y adolescencia se produce en el marco de la promulgación de una Nueva Constitución en 1991, gracias al acuerdo político de personas movilizadas y organizaciones sociales que llevaron adelante los debates que dieron forma al texto constitucional. Fue posterior a la discusión de la CDN, por lo que adoptar muchos de los derechos y garantías establecidos en el tratado no fue difícil.

Cabe destacar que el contexto sociopolítico en el cual se enmarcan estas incorporaciones de derechos de niñez y adolescencia estuvo caracterizado por la presencia de violencia civil a raíz de las masacres constantes entre bandas, aumento del narcotráfico, y aparición de organizaciones terroristas que se sumaban a las altas tasas de victimización de niños, niñas, adolescentes y jóvenes. Por lo tanto, existió un amplio consenso social sobre la idea de proteger a esta población de estas problemáticas mediante el reconocimiento de sus derechos específicos.

Es importante mencionar que el Código del Menor de 1989, vigente en ese momento y que presidió la ratificación de la Convención sobre los Derechos de la Niñez no contaba con enfoque de derechos humanos ni con mecanismos de justiciabilidad, sino que se centraba en la asistencia del menor que ya había sido vulnerado o estaba en situaciones irregulares de cuidado.



1. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Participación consultiva: La experiencia de participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente fue propiciada a través de las escuelas y colegios por medio de mecanismos e instancias para que pudieran expresar sus opiniones y trasladarlas a la Asamblea Constituyente. Sin embargo, estas experiencias fueron muy restringidas respecto de su alcance y vinculación efectiva con el proceso constituyente, porque la participación de este grupo solo fue considerada desde lo consultivo.



3. NORMATIVA DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución colombiana establece en dos artículos (44 y 45) los principales derechos de la niñez y adolescencia que van en directa consonancia con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, incluso se dispone de una amplia titularidad para reclamarlos.

- **Se consagran una serie de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.** Se agrega que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. **Establece el rol del Estado y de los co-garantes:** 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. **También, reconoce que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.** Por último, consagra la **prevalencia de los derechos** de la niñez y adolescencia sobre los demás (artículo 44).
- El **adolescente** tiene derecho a la protección y a la formación integral [...] (artículo 45).
- La **ciudadanía se reconoce desde los 18 años** (el derecho a voto a partir de esa edad también).

4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de derechos humanos transversal: esto implica que existan unidades observadoras de derechos humanos en diversos órganos del Estado además de aquellos exclusivamente especializados en la materia, sin embargo, no hay institucionalidad especializada en niñez y adolescencia.

Defensoría del Pueblo/ Ombudsperson: Es un órgano constitucional de carácter autónomo reconocido en la Constitución de 1991. En materia de niñez y adolescencia cuenta con una delegación de infancia (artículo 281).

Mecanismos de justiciabilidad: El derecho a petición es un mecanismo de garantía de derechos que permite presentar una petición ante la autoridad que debe ser respondida en 15 días hábiles, que es lo que se conoce en otros lugares como recurso de amparo (artículo 23). Asimismo existe una acción de tutela ante vulneraciones de derechos (artículo 86). En el artículo 44 de niñez y adolescencia, se dispone que “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. **Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores**”

Tribunal/Corte Constitucional: El rol de este tribunal ha sido fundamental en el reconocimiento e interpretación de los derechos humanos en Colombia.

- Por medio de un mecanismo de revisión, conoce las acciones de tutela por inconstitucionalidad presentadas en primera instancia. Respecto a ellas, dictan sentencias de unificación en relación a dichas materias, estableciendo jurisprudencia al respecto.
- También hay demandas de constitucionalidad directamente de los ciudadanos, pero se requiere el derecho de postulación y es para alegar la inconstitucionalidad de una norma específica o de una ley en relación a algún artículo de la Constitución.



5. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Ley de la Niñez y la Adolescencia de 2006: fue elaborada en conjunto con organizaciones de la sociedad civil, la cual tenía como propósito que definiera claramente a los niños y las niñas como sujetos de derechos, así como también los principios rectores que dirigen las acciones en esta materia en consonancia con los declarados en la CDN.

Esta ley promueve un paradigma de protección integral a todos los niños y niñas sin importar su situación en el país¹⁰⁹, también, se definen obligaciones que el Estado, la sociedad y la familia deben ejercer respecto a este grupo específico para su protección integral.

Además, suma instancias de participación institucionalizada y vinculante de este grupo con instituciones a nivel de gobierno central y nivel local, en los distintos municipios por medio del gobierno escolar y los consejos de la infancia.

Ley General N° 115: contempla un mecanismo de participación especializado en niñez y adolescencia en el espacio escolar, conocidos como consejos de la niñez y la adolescencia.

Ley N° 114 de 2011: los niños, niñas y adolescentes víctimas como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, gozarán de todos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, con el carácter de preferente y adicionalmente tendrán derecho, entre otros, a la verdad, la justicia y la reparación integral. Se establecen, además, instancias de participación incidente de niños, niñas y adolescentes, con metodologías acorde a su edad.



Participación territorial incidente: En relación a la toma de decisiones territoriales, hoy Consejo Locales de Políticas. El Instituto Colombiano de Bienestar Infantil (ICBF) tiene un sistema nacional de bienestar familiar, compuesto por varias entidades del Estado: educación, salud, trabajo, justicia, todas las corporaciones y, a la vez, en este sistema participa un representante en estos Consejos Locales. En la mesa de participación están las personerías, el secretario o secretaria de desarrollo social, las personas relacionadas con cultura, organizaciones de sociedad civil, madres comunitarias. En esta instancia hay una mesa de participación, donde solamente participan niños, niñas y adolescentes de 9 a 12 años y de 12 a 18 años.



6. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Limitaciones de los derechos constitucionales: Los principales derechos consagrados en la Constitución de 1991 presentaban grandes limitaciones en su aplicación al tener como norma rectora el Código del Menor de 1989, el cual se caracterizaba por actuar solamente en situaciones irregulares. Por consiguiente, esta institucionalidad no promovía, ni garantizaba los derechos reconocidos, lo que generaba una brecha entre lo declarado y dispuesto desde la Constitución y lo que efectivamente se hacía en materia de ley e implementación.

Implementación de participación de niños, niñas y adolescentes pendiente: se encuentra consagrada en diversos ámbitos, particularmente en relación a los y las adolescentes y juventudes, tanto en instancias a nivel nacional como locales. Sin embargo, aún es difícil implementarla para toda la población infantil.

Persisten visiones tutelares de la infancia: Si bien los jueces de los tribunales civiles tienen un rol importante cubriendo las brechas en el ámbito de la aplicación de derechos de niñez y adolescencia, no siempre cuentan con las competencias suficientes. Estos jueces generalmente son de otra generación, por lo tanto, estos cambios no han sido necesariamente rápidos y se sigue considerando a la niñez como objeto de cuidado y no sujetos de derecho.

Persisten visiones tutelares de la infancia: Si bien los jueces de los tribunales civiles tienen un rol importante cubriendo las brechas en el ámbito de la aplicación de derechos de niñez y adolescencia, no siempre cuentan con las competencias suficientes. Estos jueces generalmente son de otra generación, por lo tanto, estos cambios no han sido necesariamente rápidos y se sigue considerando a la niñez como objeto de cuidado y no sujetos de derecho.



2. Constitución Política de Sudáfrica 1996



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Promulgación de la Constitución: La incorporación de derechos en el caso de Sudáfrica se da en un contexto de promulgación constitucional, que se concreta en 1996. Esta promulgación viene precedida de una larga lucha contra el sistema de segregación racial conocido como Apartheid. En este periodo, las organizaciones sociales y grupos de la sociedad civil fueron fundamentales para abrir espacios de oposición al régimen hasta la transición democrática y la liberación del líder Nelson Mandela.

A partir de ahí, se trabajó en una nueva Constitución para el país donde se puso énfasis en la importancia de los derechos humanos y el reconocimiento de todas las personas como sujetos de derechos, con atención especial en grupos específicos. Esto, se hizo mediante la incorporación de artículos constitucionales de reconocimiento como en el caso de la población infantoadolescente.

Antes de la promulgación de la Constitución de 1996 y de la eliminación definitiva de la normativa sudafricana se incorporaron en la ley los derechos de la CDN, aun cuando su país no formaba parte de Naciones Unidas (hasta 1996)¹⁰¹. Es importante mencionar que la CDN fue el primer tratado internacional de derechos humanos ratificado por Sudáfrica.



2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

No hubo participación directa de niños, niñas y adolescentes en el proceso de elaboración de la nueva Constitución. Sin embargo, hubo participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso de elaboración de la Ley de Niñez y Adolescencia de Sudáfrica, posterior a la promulgación de la Constitución Política.



3. NORMATIVA DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

La **Sección 28 de la Constitución Sudafricana** establece los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Es considerada una de las normas más robustas sobre derechos de infancia. Se destacan principalmente:

- **Principio del interés superior del niño**, el cual ha sido útil para integrar brechas que existen en la normativa, es decir, si no hay algo específico en la Constitución sobre algún derecho, la noción del interés superior del niño puede reemplazarlo.
- **Derecho a cuidado familiar o parental o a un cuidado alternativo** cuando son removidos del hogar, reconociendo el principio de mantener al niño, niña y adolescente en su familia siempre que sea posible.
- **Protección contra el maltrato**, negligencia, abuso o degradación.
- **Derechos económicos y sociales**, tales como el derecho a la nutrición, servicios de salud y asistencia social básica.
- **Derechos en contexto de justicia juvenil**, tales como derecho a no ser detenido excepto como una medida de último recurso, por el más corto periodo de tiempo, entre otros.

Sin embargo, no reconoce derechos a la participación.

No obstante, la Ley de Niñez y Adolescencia de 2005 de Sudáfrica los reconoce.



4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de derechos humanos transversal: Comisión de Derechos Humanos (Capítulo 9, Parte B, sección 183 y 184).

Sus funciones son: Promover el respeto, cultura, protección, desarrollo y logro de los derechos humanos; así como monitorear y evaluar la observancia de los derechos humanos en la República (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile).

Dentro de la comisión hay un comisario que aborda los Derechos de la Infancia.

Jerarquía Tratados Internacionales: Los tratados internacionales ratificados tienen aplicación directa por los tribunales y también se puede recurrir a ley extranjera, siempre y cuando no entre en conflicto con la constitución.

Defensoría del Pueblo/ Ombudsperson: La Constitución de Sudáfrica incorpora institucionalidad de derechos humanos, específicamente una Comisión de Derechos Humanos (Parte B, artículo 184 de la Constitución de Sudáfrica), que entre otras materias incorpora la de infancia. Sin embargo, no instituye un órgano en la materia que sea especializado en niñez y adolescencia.

Mecanismos de justiciabilidad: Cuentan con una cláusula generosa que establece una amplia titularidad de la acción frente a vulneraciones de derechos, la que puede beneficiar a los niños, niñas y adolescentes.

Tribunal/Corte Constitucional: órgano consagrado en la Constitución, que ha cumplido un rol fundamental en la interpretación de los derechos de la niñez y adolescencia. Se destaca en este proceso la importancia de una cláusula robusta y detallada, y abogadas y abogados capacitados en derechos humanos.



5. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Ley de protección integral de la infancia: La Ley de infancia del año 2005 que entró en vigencia el año 2010, es un sistema integral que aborda la situación de niños subrogados, en contexto de divorcio de sus padres, y en adopción. Presenta dos capítulos que tienen relación con protección especializada, entre otros elementos. En definitiva, la ley en infancia es amplia.

Rol de los tribunales en el reconocimiento de derechos: Si bien ha habido avances importantes en materias de derechos de niñez y adolescencia, se han presentado lagunas y brechas en la implementación de estos derechos que, en algunos casos, han sido subsanadas por el importante papel que han cumplido los tribunales de justicia a la hora de interpretar las disposiciones constitucionales en torno a niñez y la adolescencia.

Se destaca la implementación de los derechos económicos y sociales particularmente, traducidos en políticas públicas tales como cuidados de salud gratuitos para la primera infancia (menores de 6 años); la existencia de un sistema de transferencia de ingreso, alcanzando a 12 millones de niños y niñas todos los meses, lo que equivale a un 65% de la población infantil que puede acceder a este bono de apoyo. Esta política se enmarca en los derechos de la niñez y adolescencia reconocidos en la Constitución. En el contexto de la pandemia por Covid-19, este ingreso ha sido fundamental para la subsistencia de las familias.



7. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Ausencia de los derechos de participación en la Constitución, aun cuando existe una ley de infancia que los reconoce, pues no son reconocidos en la norma fundante y de mayor jerarquía.

Falta de mención a niños, niñas y adolescentes con discapacidad como grupo prioritario en la Carta Fundamental.

No hay reconocimiento explícito de la titularidad de derechos generales de niños, niñas y adolescentes, sino que solo de los derechos específicos establecidos en la Sección 28, por lo que se enfatiza la importancia de hacerlo.



3. Constitución Política de Ecuador 2008



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Promulgación de Constitución: Hubo dos momentos de incorporación de derechos de la niñez y la adolescencia. El primero es a partir de la Constitución de 1998, donde se reconoce en dos artículos la titularidad de derechos para los niños y niñas en base al principio de interés superior del niño y niña, y la creación de un sistema de protección integral fundamentado en las disposiciones que había dejado el debate en torno a la ratificación de la Convención sobre los derechos del Niño en 1990

El segundo momento es en 2008, con la redacción de una nueva Constitución al mando de Rafael Correa en medio de un contexto de alta efervescencia social y participación ciudadana para la creación de una Asamblea Constituyente. En este escenario, se reescribió la cláusula específica de niñez en base al texto de 1998 en dos artículos (44 y 45), a los cuales se agregaron más provisiones como el concepto de familia ampliado, el derecho a voto desde los 16 años y el reemplazo de la institucionalidad específica de niñez por una institucionalidad de defensa general de derechos humanos.

2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

En este caso, la participación de niños, niñas y adolescentes fue una de las más significativas y emblemáticas del mundo en lo que respecta a este grupo en específico. Desde esa perspectiva, se establecieron diálogos y pactos intergeneracionales con distintos sectores de la sociedad en mesas de trabajo vinculantes que sesionaban de forma paralela a la Asamblea Constituyente de 2008 y que tenía a la cabeza diversas organizaciones y agrupaciones de niños, niñas y adolescentes para incorporar estos derechos específicos en la nueva Constitución. De esta manera, se constata la efectiva participación de este grupo en la construcción de la nueva Constitución en forma integrada y vinculante con el resto de la sociedad.

3. NORMATIVA DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de Ecuador de 2008 incorpora en dos artículos el reconocimiento de la titularidad de derechos para niños, niñas y adolescentes (Sección quinta de niños, niñas y adolescentes de la Constitución)

Estos artículos disponen lo siguiente:

- **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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral [...] (artículo 44).
- **Los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.** Se mencionan una serie de derechos entre los cuales se destaca la participación social. Así como también, que el Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (artículo 45).

Fuente: Constitución Política de la República del Ecuador (2008).

4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de Derechos Humanos Transversal: Se puede presentar una acción de protección de derechos ante cualquier tribunal de la República. Su propósito es proteger derechos que no tengan una vía específica por amenaza o violación al derecho individual. Después existe la acción de habeas corpus y acceso a la información pública, se presenta la acción y es revisada por cualquier juez, según sorteo.

Jerarquía de los Tratados Internacionales: Los derechos que se consagran en tratados internacionales de derechos humanos son de directa aplicación (artículo 11 N°3). En materia de derechos humanos, cuando los tratados son más favorables que lo que dispone la Constitución misma frente a un tema en particular se aplican las normas de dichos tratados internacionales. Asimismo, la Constitución establece la jerarquía constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, sin embargo, menciona que los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa aplicación (artículo 11 N°13).

Defensoría del Pueblo/ Ombudsperson: tiene las características de ombudsperson, que se encuentra reconocido en la Constitución con bastante detalle (artículos 2014 a 216).



Mecanismos de Justiciabilidad: Pese a que niños, niñas y adolescentes no cuentan con una institucionalidad específica que los ampare y acompañe en los procesos judiciales que correspondan, pueden acceder a los remedios generales contemplados en los artículos 10 y 11 (principios de aplicación de derechos):

Garantías Jurisdiccionales: Cualquier persona, grupo de personas, comunidad o pueblo nacional podrá dar cuenta de las secciones que están siendo desprotegidas para luego ser llevadas ante cualquier juez para su pronta solución mediante una acción de protección.

Tribunal/ Corte Constitucional y Cortes provinciales: Cualquier persona puede solicitar acción por incumplimiento en relación a una política pública específica ante las Cortes Provinciales. De no ser solucionado en aquella instancia pasa a la Corte Constitucional que analiza el entramado institucional y legal que está perjudicando el ejercicio pleno de los derechos reconocidos constitucionalmente al grupo determinado, tomando una decisión conforme a dicha problemática. La Corte ha tenido mucha importancia en la protección de derechos de grupos específicos, tales como niños, niñas y adolescentes, migrantes, entre otros. Ha establecido sentencias relevantes en relación a diversos temas, entre ellos justicia penal juvenil, sobre el tiempo máximo de detención, los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes donde básicamente se reconoce la posibilidad de decidir sobre su cuerpo en materia sexual de acuerdo a edad y madurez, entre otros



5. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Código de la Niñez y la Adolescencia de 2003: Contó con una amplia participación de niños, niñas y adolescentes, la sociedad civil y todos los sectores políticos. Esta normativa se elaboró en base al acuerdo de las distintas fuerzas que participaron en torno al desarrollo de los postulados básicos que se concibieron en la Constitución de 1998.

Esta ley busca subsanar todas las barreras y brechas de implementación que se generaron desde el reconocimiento de la titularidad de derechos para niños, niñas y adolescentes en 1998, hasta la creación de esta normativa.

Defensorías comunitarias de la niñez y la adolescencia: Estas defensorías comunitarias para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos de la niñez y la adolescencia se conciben como espacios donde los miembros de la comunidad participan de manera espontánea. Además, cuando sea necesario, coordinan su actuación con la Defensoría del Pueblo, dado que Ecuador no cuenta con un Defensor de la Niñez como tal (Ravetllat & Sanabria, 2019).

4. Tabla de pensiones alimenticias: En Ecuador uno de los temas primordiales que afectan a la niñez y a la adolescencia tiene relación con la pensión alimenticia, incluso, se ha reducido a ello. En ese sentido, el Código de la Niñez elabora una tabla de pensiones que está construida no en la necesidad propia de este grupo, sino que en la capacidad de pago mediante un proceso que es automático. Lo anterior, se debe a que solamente se debe iniciar el proceso legal de una demanda por pensión, para que se establezca un acuerdo financiero respectivo con el padre o la madre que se encuentra en la obligación de pagar la pensión a sus hijos o hijas según corresponda el caso.

Autonomía de los adolescentes para presentar causas judiciales: Todo adolescente mayor de 14 años, puede llevar adelante una petición ante los juzgados de familia para exigir derechos de pensión y otros relacionados a la protección de derechos integral que debe proveer la familia, la sociedad y el Estado.

Justicia penal juvenil: Estas disposiciones son las únicas que actualmente se encuentran especializadas en niñez y adolescencia, puesto que cuentan con jueces y tribunales especializados en esta materia.

Presupuesto Específico: La ley considera al grupo de la niñez y la adolescencia como un grupo de atención prioritaria. Por ende, la ley asigna una glosa presupuesta exclusiva para este grupo que corresponde al 10% del presupuesto nacional y local para trabajar y desarrollar planes para el desarrollo y la protección integral de este grupo en específico.



6. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Falta de institucionalidad especializada en infancia: El presidente Rafael Correa se mostraba en contra de políticas especializadas para grupos específicos en general, puesto que su discurso se basaba en la integración de todos sin distinción alguna, por lo que, se instauró desde la asamblea constituyente un paradigma generalizado de reconocimiento de derechos. No obstante, esta situación produjo brechas entre lo reconocido en la Carta Magna y la implementación de estos derechos específicos de niñez y adolescencia en la práctica por la falta de políticas especializadas que equiparen las situaciones sociales, económicas, políticas y culturales de los distintos grupos sociales que coexisten en el país. A raíz de lo anterior, la institucionalidad especializada y específica en niñez y adolescencia que estaba presente en el país para garantizar su protección integral como sujetos de derechos fue fusionada o disuelta en instituciones de protección general de derechos como lo es la Defensoría del Pueblo, y otras institucionales locales como los Consejos de la Igualdad y los juzgados especializados en mujeres, familias, niñeces y juventudes, entre otros.



4. **Constitución Política de República Dominicana 2010**



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

La incorporación de los derechos de la niñez y la adolescencia se produce en 1990 tras la ratificación del Estado boliviano de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, no se logró avanzar en los hechos en materia de protección de la niñez y adolescencia.

La reforma constitucional de 1997 logra cambiar el paradigma de la niñez incorporando el principio del interés superior del niño, el cual fue materializado con la conformación de un nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999, el cual logró recoger los avances en materia de política pública y jurisprudencia anteriores al nuevo Código.

En 2006, **en el contexto de un nuevo proceso constituyente** liderado por el presidente Evo Morales en su primer periodo presidencial, se recogieron los principios y elementos que ya estaban presentes en la Constitución anterior y en el Código del Niño de 1999. Por lo tanto, en esta nueva Constitución se cristalizan los derechos y elementos que ya se encontraban adoptadas a nivel legal y jurisprudencial, teniendo especial recepción el derecho internacional y en los tratados internacionales.

Cabe destacar que, en este proceso de incorporación de derechos específicos de niñez y adolescencia la oposición fue escasa, puesto que el oficialismo había conseguido obtener más de la mitad de los miembros de la Asamblea Constituyente y eso produjo que los efectos fueran positivos respecto de su reconocimiento en la ley y en la Constitución.



2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

En los dos primeros procesos antes mencionados de incorporación y ampliación de derechos relativos a la niñez y a la adolescencia (1990 y 1997) la participación de niños, niñas y adolescentes fue escasa o inexistente. Sin embargo, en el proceso constituyente del 2006 y en la discusión del Código de la Niñez del 2014 su participación estuvo vinculada a la acción y movilización de grupos de interés y colectivos de niños, niñas y adolescentes en temáticas específicas de su interés.



3. NORMATIVA DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 2006 reconoce expresamente los derechos de niños, niñas y adolescentes, puesto que les concede el estatus de sujetos de derechos. En ese sentido, se establecen 4 artículos específicos de niñez (art. 58; art. 59; art. 60; art 61 de la sección 5 reconocida como Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud).

- Reconoce a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos consagrados en la Constitución y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo, identidad étnica, sociocultural, de género y generaciones y la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones (artículo 58).
- Reconocimiento del derecho al desarrollo integral y al derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir y crecer junto a su familia de origen o adoptiva. Además, establece que el Estado y la sociedad se comprometen a garantizar la protección, promoción y la participación activa de las y los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna (artículo 59).
- Reconoce el principio del interés superior, obligando al Estado, la sociedad y la familia a garantizarlo, respetando, protegiendo y garantizando sus derechos, junto con la prioridad en atención de los servicios públicos y privados y el acceso a una justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado (artículo 60).
- Prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra niños, niñas y adolescentes tanto por la familia, como por la sociedad. También, se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil. Las actividades que realicen en el marco familia y social deben estar orientadas a su formación integral como ciudadanos y ciudadanas. Por último, establece que sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial (artículo 61).



4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de Derechos Humanos Transversal: La acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (Art 128).

Se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recursos legales para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados (Art. 129).



Jerarquía de Tratados Internacionales: La Constitución política de 2009 es la norma fundamental del Estado y dentro de esta se incorporan los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Adicionalmente, existen dos artículos en la Constitución (artículos 13 y 256), que determinan la aplicación preferente del marco normativo internacional frente a la normativa legal interna. Incluso, podría tener jerarquía supraconstitucional, puesto que estos artículos señalan que es aplicable cuando la norma internacional es más favorable que la constitución.

Defensoría del Pueblo/Ombudsperson: tiene las características de ombudsperson, se compone de adjutorías que se dedican a trabajar con diversos grupos en situación de vulnerabilidad, hay ciertos equipos de profesionales que se dedican a temáticas de mujeres, niñez y adolescencia, personas privadas de libertad, pueblos indígenas, personas con discapacidad y adultos mayores (Sección I, artículo 218).

Mecanismos de Justiciabilidad: existen juzgados especializados en niñez y adolescencia que son responsables de la protección jurídica y del procesamiento de los adolescentes en conflicto con la ley. Además, se cuentan con abogados especializados en niñez, familia y mujeres.

Tribunal/Corte Constitucional: el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales (art. 196).

En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto (art. 196).



5. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Código de la Niñez y la Adolescencia 2014: Adoptó una visión mucho más protectora e integral de los niños, niñas y adolescentes, puesto que los reconoce como sujetos de derechos y establece la exigibilidad de los mismos. Desde esa perspectiva, este Código reconoció el trabajo independiente fijando como edad mínima para trabajar desde los 14 años, aunque excepcionalmente la Defensoría de la Niñez y Adolescencia podría autorizar una actividad laboral por cuenta propia para niñas y niños desde los 10 años de edad y la actividad laboral ejercida para terceros desde los 12 años de edad, siempre y cuando no menoscabe o entre en conflicto con sus otros derechos. No obstante, estas disposiciones e indicaciones fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional boliviano y rápidamente fueron derogadas, por lo que, la edad para trabajar se mantiene desde los 14 años.

En tanto, el Código interpreta los derechos del niño en el marco de las tradiciones de las comunidades indígenas y fue realizado con una participación significativa de los niños, niñas y adolescentes, particularmente de los y las que trabajan. También, se reconocen medidas para protegerlos del abuso de poder y la violencia.

Defensorías de la Niñez: son Defensorías que operan desde el ámbito local municipal para patrocinar y acompañar procesos judiciales en los casos que son de su conocimiento. Esta institucionalidad en la ley está conformada por un equipo multidisciplinar compuesta por un abogado, psicólogo y un trabajador social. Ahora bien, se centra en resolver casos individuales de niños, niñas y adolescentes centrándose en aquellos casos de niños, niñas y adolescentes en situaciones de mayor vulnerabilidad. Son reconocidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1999 y 2014.

Ley de solvencia económica de los padres (2009): Es una ley de carácter constitucional que determina la inamovilidad de los trabajadores, ya sea padre o madre hasta que el niño o niña en cuestión cumpla un año de edad. Esta ley procede de un largo proceso de discusión que comenzó el año 1988, con la obligación de inamovilidad solo para las mujeres trabajadoras desde la concepción hasta que el hijo o hija cumpliera el año de edad.

Comités de niños, niñas y adolescentes: Son agrupaciones reconocidas formalmente por el Estado en todos los niveles territoriales, aunque precisamente se encuentran ubicadas en las municipalidades del país. En estas instancias se discuten y promueven propuestas de políticas públicas de interés de niños, niñas y adolescentes.

Endurecimiento de penas en delitos contra la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes: A raíz de una realidad a nivel regional de aumento de la violencia sexual contra esta población, se avanzó en la aprobación de normas específicas para la prevención de estos delitos que agrava tipos penales y regula de manera más específica la forma de sanción por delitos de índole sexual contra niños, niñas y adolescentes.

Reformas al Código que regula la adopción infantil: Producto de las bajas cifras de procesos de adopción exitosos, se efectuaron modificaciones a las normativas que regulaban estos procesos, con el objetivo de disminuir los tiempos de tramitación de la adopción y que los niños, niñas y adolescentes puedan incidir en el proceso para restituir lo más prontamente su derecho a la familia.

Reducción de la edad para postularse a ciertos cargos públicos: Con la aprobación del Nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del 2014 se bajó la edad para postularse a ciertos cargos públicos de carácter local como, por ejemplo, para los cargos a concejales se bajó la edad de postulación de 25 años a 18 años, y otros cargos municipales han permitido la participación de menores desde los 16 años de edad.



6. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Insuficiente presupuesto público asignado en las diferentes entidades gubernamentales, la insostenibilidad de los programas y la escasa especialización de los operadores de estas políticas públicas e instituciones públicas en temas de infancia.

Las Defensorías de la Niñez instaladas en las municipalidades no han sido equitativamente implementadas en los territorios, dado que de los 340 municipios existentes sólo en 200 municipalidades han conformado su propia Defensoría de la Niñez y la Adolescencia. Sin embargo, de esas 200 municipalidades que han logrado crear una Defensoría de la Niñez, sólo en 50 municipalidades se han logrado desplegar con éxito y con el equipo multidisciplinar que exige la ley, ya que en algunos casos estas instituciones sólo funcionaban con uno o dos profesionales que se hacen cargo de todo el servicio. Por lo tanto, los territorios más afectados por esto han sido los más rurales y apartados de la ciudad. En cambio, en las ciudades las defensorías funcionan con normalidad y de acuerdo a lo que exige y establece la norma.

Los Comités de Niñez y Adolescencia también han sufrido los efectos de la centralización financiera, ya que de los 340 municipios que deberían contar con uno de estos Comités, solo en 100 de ellos se han conformado exitosamente. Lo anterior, se justifica en la necesidad de ciertas municipalidades de redistribuir estos ingresos en servicios de primera necesidad para la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad.



5. *Constitución Política de República Dominicana 2010*



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Promulgación constitucional: tras el proceso constituyente de 2010 se abrió paso a la incorporación de los derechos de la niñez. En tal contexto fueron consultados diversos grupos de la sociedad civil con el objetivo de lograr un acuerdo común respecto a qué derechos debían consagrarse.

Fue un proceso que contó con el consenso de las diversas fuerzas políticas que conformaban las instituciones de representación ciudadana, a raíz de la escalada de violencia que acaecía en esos momentos en el país, donde este grupo eran unos de los grandes perjudicados al ser unos de los más desprotegidos ante delitos como el secuestro, la trata de personas, la explotación sexual, la colaboración con el narcotráfico y la ausencia de protección socioeconómica en los sectores más rurales.



2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

La participación de niños, niñas y adolescentes se efectuó gracias a la colaboración de portavoces y representantes de organizaciones de la sociedad civil que trabajan directamente con este grupo específico mediante procesos de consulta ciudadana.



3. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

La Constitución de República Dominicana logra incorporar los derechos de la niñez y la adolescencia en el artículo 56 referente a la “protección de las personas menores de edad”. El artículo destaca lo siguiente:

- Se establece la familia, la sociedad y la familia como garante de derechos de la niñez y adolescencia (inciso primero).
- Se incorporaron algunos derechos específicos de infancia y adolescencia, tales como el principio de prioridad, interés superior, su desarrollo integral y otros de carácter social y económico (inciso primero).
- Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad (N°1).
- Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar comunitaria y social (N°2). de su interés.



4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de República Dominicana logra incorporar los derechos de la niñez y la adolescencia en el artículo 56 referente a la “protección de las personas menores de edad”. El artículo destaca lo siguiente:

- Se establece la familia, la sociedad y la familia como garante de derechos de la niñez y adolescencia (inciso primero).
- Se incorporaron algunos derechos específicos de infancia y adolescencia, tales como el principio de prioridad, interés superior, su desarrollo integral y otros de carácter social y económico (inciso primero).
- Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad (N°1).
- Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar comunitaria y social (N°2).

Jerarquía de Tratados Internacionales: Poseen reconocimiento constitucional por su jerarquía ante leyes ordinarias, pero han tenido constantes conflictos para ser aplicadas por la falta de normativas que regulen estas disposiciones

Defensoría del Pueblo/Ombudsperson: No se menciona en la constitución, pero si se encuentra reconocida por ley. Sin embargo, trabaja desde una perspectiva general y no posee divisiones de grupos específicos.

Mecanismos de Justicia: No se ha adoptado ninguna institución específica de niñez y adolescencia, dado que la Defensoría del Pueblo no se vincula con los temas relativos a la niñez y la adolescencia. Tampoco existen abogados especializados, ya que son funciones que le corresponden a los funcionarios del ministerio de justicia y a la defensoría pública.

Tribunal/Corte Constitucional: Garantiza la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria (Art. 184).

Podría considerarse como el único mecanismo de justicia para los derechos de niñez y adolescencia, pero es un proceso demasiado burocratizado que no permite el acceso directo de los niños y adolescentes a procesos de justicia, lo cual los obliga a buscar otras vías amenazadas (Art. 129).



5. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Ley N° 136-03 “Código para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”: Su propósito es garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y el disfrute de sus derechos fundamentales. Para ello, define y establece la protección integral de estos derechos, regulando el rol y la relación del Estado, la sociedad, las familias y los individuos con los sujetos desde su nacimiento hasta cumplir los 18 años de edad.

Cuenta con sistemas de protección especializados en niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, pero que no tienen el alcance suficiente al solo tener una perspectiva asistencialista.

En general, la implementación de derechos solo se centra en estos grupos específicos y con mayor necesidad de cuidado.



6. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Diferencias entre lo que declara la Constitución del 2010 y el real efecto de las leyes y normativas que hacen operativa estas disposiciones en la práctica.

Ley N° 136-03 que establece un sistema de protección integral para la niñez y adolescencia, se enfoca primordialmente en grupos específicos de niños, niñas y adolescentes.

Hay una falta de legislación respecto a derechos que están consagrados en la Constitución pero que no han sido implementados.

En temas de los adolescentes en conflicto con la ley: existen una serie de aspectos técnicos que retrasan los procesos de sentencia y condena, lo que provoca que los adolescentes y jóvenes se mantengan en una situación de vulneración de derechos como, por ejemplo, no pueden satisfacer su derecho a educación, derecho a atención de salud y derecho a alternativas a la privación de libertad, entre otros derechos.

La jurisprudencia especialmente en esta materia es dispersa y fragmentada, dejando diversos espacios en blanco respecto a la aplicación efectiva del principio de interés superior como lo establecen los organismos internacionales de derechos humanos, dado que la normativa internacional ha avanzado con mayor celeridad en materia de implementación y normativas de niñez y adolescencia. Junto con lo anterior, en la formación de carreras profesionales judiciales y administrativas y los encargados de la protección en las instituciones del Estado, tienen escasa formación en estas temáticas que los lleva a aplicar incorrectamente el principio de interés superior (Experta Internacional de Republica Dominicana, 2021).

En materia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia existe un desafío tremendo frente a la ausencia de registros administrativos que aporten datos y evidencia para la construcción de políticas públicas de prevención.



6. Constitución Política de Argentina 1994



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

La incorporación de derechos en el caso de Argentina se da en un contexto de reforma constitucional en el año 1994, instancia en la que se incorporó íntegramente la Convención sobre los Derechos del Niño dentro de un reconocimiento general de derechos humanos.

El contexto de esta incorporación de derechos de la niñez y la adolescencia se caracterizó por una acelerada recuperación económica luego de superar los efectos de la hiperinflación que se extendió por más de una década en el país, motivo por el cual este proceso constituyente contó con el respaldo de la principal fuerza opositora al gobierno de Carlos Menem. En ese sentido, las exitosas reformas neoliberales en términos macroeconómicos lograron que el peronismo no se opusiera al proceso constituyente, donde incluso llegaron a ocupar cerca de un tercio de los puestos de la Convención. Sin embargo, hubo resistencia al respecto principalmente la tensión entre la soberanía del Estado y la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos (experta internacional de Argentina, M.H, 2021).

El contexto de esta incorporación de derechos de la niñez y la adolescencia se caracterizó por una acelerada recuperación económica luego de superar los efectos de la hiperinflación que se extendió por más de una década en el país, motivo por el cual este proceso constituyente contó con el respaldo de la principal fuerza opositora al gobierno de Carlos Menem. En ese sentido, las exitosas reformas neoliberales en términos macroeconómicos lograron que el peronismo no se opusiera al proceso constituyente, donde incluso llegaron a ocupar cerca de un tercio de los puestos de la Convención. Sin embargo, hubo resistencia al respecto principalmente la tensión entre la soberanía del Estado y la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos (experta internacional de Argentina, M.H, 2021).



2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

No existió participación efectiva de niños, niñas y adolescentes en la reforma constitucional de 1994, debido a que la Convención Constituyente estuvo dirigida por las principales fuerzas políticas y partidos tradicionales del país trasandino.

En este sentido, se ha avanzado en derechos de participación posterior a la Convención Constituyente, con énfasis en la participación judicial de niños y adolescentes.

3. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

La Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra reconocida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Federal Argentina de 1994. En las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

La Ley N° 23.849 que Aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. El 27 de septiembre de 1990 se ratificó mediante esta ley la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta ley de aprobación es resultado del proceso de negociación de diferentes fuerzas políticas que ven en la consagración de los derechos de la niñez una necesidad de protección, en especial a los niños en mayor situación de vulnerabilidad que con los efectos de la crisis económica y la inflación a finales de los 80' su situación socioeconómica se había visto mayormente perjudicada.

No obstante, existen brechas en la implementación de esta ley que fueron resueltas años después con la promulgación de nuevas normativas asociadas a esta temática.

4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de Derechos Humanos Transversal: Cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. Esa inconstitucionalidad no significa que la norma deja de tener valor, sino que se le declara inaplicable para el caso concreto. Se puede recurrir a la Corte Federal, que tiene la decisión final del caso. Por lo tanto, se podría considerar como un control constitucional difuso.



Jerarquía Tratados Internacionales: Se constitucionalizaron en el artículo 75 inciso 22 una serie de tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, todo tratado o norma internacional que no se encuentre mencionado en la constitución tiene jerarquía de ley que es aplicada según corresponda el caso.

Defensoría del Pueblo/Ombudsman: El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y en las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

(Fuente: Capítulo VII, Art. 86 Constitución Nacional de la República Argentina 1996).

Mecanismos de Justiciabilidad: No existe ningún tribunal o corte de justicia especializada en niñez y adolescencia. La Defensoría de la Niñez defiende y protege los derechos de la niñez desde una perspectiva general, pero no representa casos individuales de violación de derechos específicos de la niñez y la adolescencia.

Tribunal/Corte Constitucional: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero (Art. 116).



5. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Ley Nacional N° 26.061 de protección integral de niños, niñas y adolescentes: Esta ley intenta superar el esquema de intervención meramente judicial, que en la mayoría de los casos separaba a los niños, niñas y adolescentes del núcleo familiar y los institucionalizaba en espacios bajo el cuidado del Estado.

Por lo tanto, en esta ley se consagra:

- La condición de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes.
- El derecho a ser oídos y a emitir opinión sobre los temas que le competen.
- El respeto a su desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural.

Asimismo, se creó el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niñas y adolescentes que está conformado por entidades y servicios que diseñan, planifican, y supervisan las políticas públicas de gestión estatal o privada en los ámbitos nacionales, provinciales o municipales, los cuales están destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes¹⁰⁷. También, cambia el paradigma de protección buscando todas las alternativas para que los niños, niñas y adolescentes no sean separados de sus familias.

Además, crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia que implementa y da seguimiento a estas medidas, en conjunto con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia que se encarga de la formulación de propuestas y políticas públicas.

Por último, reconoce la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes quien vela por el cumplimiento de los derechos contemplados en esta ley.

Defensoría de la Niñez: Fue creada en 2005 mediante la Ley N° 26.061 para asegurar la promoción y la protección de los derechos de la infancia consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, y las leyes nacionales. Sin embargo, no fue hasta 2020 que se puso operativa, ya que faltaba que el Congreso designara a las autoridades que iban a conformar esta institución.

También vincula y articula su trabajo con las otras defensorías provinciales y organizaciones territoriales de niñez y adolescencia para incidir en la formulación de políticas públicas.

Sus funciones se encuentran especificadas en los artículos 55 y 64 de la Ley N° 26.061.

Código Civil y Comercial del 2015: Este Código fue constituido en base a las disposiciones específicas de niñez y adolescencia que fueron reconocidas expresamente en la Ley N° 26.061. Es muy relevante mencionar que, los artículos 1° y 2° del Código, establecen que las normas allí contenidas serán interpretadas a la luz de los derechos humanos (proceso de constitucionalización del Derecho Privado).

En este Código, queda consagrado el principio del interés superior del niño.

Abogado/a del niño, niña o adolescente: Los y las adolescentes pueden escoger libremente el abogado que quieren que les represente en cualquier causa que se esté llevando adelante en un tribunal de justicia. No obstante, en el caso de los niños y las niñas más pequeñas se necesita de la autorización de un adulto para la selección del abogado que lleve adelante el proceso judicial en cuestión.



Código Civil y Comercial del 2015: Este Código fue constituido en base a las disposiciones específicas de niñez y adolescencia que fueron reconocidas expresamente en la Ley N° 26.061. Es muy relevante mencionar que, los artículos 1° y 2° del Código, establecen que las normas allí contenidas serán interpretadas a la luz de los derechos humanos (proceso de constitucionalización del Derecho Privado).

En este Código, queda consagrado el principio del interés superior del niño.

Asentimiento en adopciones: En los casos de adopción a menores de edad, se necesita de la autorización de los niños y las niñas siempre y cuando sean mayores a 10 años para que este proceso se haga efectivo, de lo contrario se desestima la petición de adopción.

Corresponsabilidad parental: este tema de corresponsabilidad parental también quedó reflejado en la legislación argentina, ya que tras un fallo del 2008 de la Corte Suprema se elimina la preferencia en la tenencia de los hijos menores de 5 años en favor de las mujeres, puesto que esa situación acrecentaba las brechas de género y de acuerdo con el artículo n°18 de la CDN es beneficioso para niños y niñas vincularse con ambos padres.

Corresponsabilidad parental: este tema de corresponsabilidad parental también quedó reflejado en la legislación argentina, ya que tras un fallo del 2008 de la Corte Suprema se elimina la preferencia en la tenencia de los hijos menores de 5 años en favor de las mujeres, puesto que esa situación acrecentaba las brechas de género y de acuerdo con el artículo n°18 de la CDN es beneficioso para niños y niñas vincularse con ambos padres.



6. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En relación a ausencia de derechos en la Constitución: Derecho a la petición, a la reunión, a la asociación por parte de los niños, niñas y adolescentes, conforme a su edad y grado de madurez, fortalece la práctica democrática. Esto impacta en la eficacia de la actuación de asociaciones de niños, niñas y adolescentes y el ejercicio de sus derechos

En relación a temas de institucionalidad general en la Constitución: Falta avanzar en la renovación de los jueces de tribunales de justicia puesto que sus cargos son cuasi vitalicios, lo cual dificulta el dinamismo en la discusión y resoluciones judiciales en favor de temáticas más progresistas como el matrimonio igualitario, la ley de aborto y la ley de identidad de género en menores de edad.

En relación a temas prácticos de la aplicación de derechos:

- No se reconocen derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes.

• **Cuentan con una Ley penal juvenil promulgada en dictadura que no se ha logrado reformar. No obstante, en algunas provincias hay leyes procesales en relación a la**

- Cuentan con una Ley penal juvenil promulgada en dictadura que no se ha logrado reformar. No obstante, en algunas provincias hay leyes procesales en relación a la justicia juvenil más garantistas, con mecanismos más cercanos a la justicia restaurativa.
- Las mayores resistencias se han mostrado en la aplicación de la autonomía progresiva, lo que ha impedido la participación efectiva de niños, niñas y adolescentes en los procesos de elaboración de políticas y públicas.
- Dificultades en la práctica de la exigibilidad de derechos de manera autónoma por parte de este grupo específico.



7. Reforma Constitucional de Irlanda 2012



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Reforma constitucional: La incorporación de los derechos de la niñez y adolescencia en la legislación irlandesa se produce en 2012 en medio de un proceso de reforma al texto constitucional de 1937, aprobado por referéndum popular. Esta Constitución se caracterizaba por su carácter conservador que suponía un rol fuerte de la familia tradicional, basada en el matrimonio y la Iglesia Católica. Así como también, considerar que el cuerpo político del país era bastante conservador hasta ese momento.

Previo al cambio constitucional existían diversas investigaciones que advertían el desequilibrio entre los derechos consagrados a los padres en la Constitución y la inexistencia de los derechos de la niñez y adolescencia en el texto. El proceso de reforma constitucional se desarrolla después de un cambio cultural considerable a raíz de la pérdida de protagonismo de la iglesia católica en la sociedad, por una serie de escándalos de abusos por parte de personal eclesiástico contra niños, niñas y adolescentes.

Previo a este debate constitucional el tema de los derechos de la niñez ya había adquirido relevancia en el gobierno y la sociedad civil. La Defensoría de la Niñez de Irlanda también cumplió un papel relevante en este proceso. Irlanda ratificó la CDN en 1993.





2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

No hubo participación significativa de niños, niñas y adolescentes en la reforma constitucional del año 2012. Vale mencionar que, antes del referéndum, la Defensoría de la Niñez de Irlanda, articuló una instancia denominada “el Gran Debate”, en el que estudiantes de todo el país expresaron su opinión sobre estos los temas debatidos. No obstante, su opinión no fue vinculante.



3. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

La Constitución irlandesa incorpora una cláusula sobre niñez en el artículo 42 A. Se destaca que en dicha cláusula el Estado reconoce:

- Los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, el Estado debe proteger y promover esos derechos. Es decir, los niños tienen derecho y la ley tiene la obligación de proteger esos derechos y eso refleja exactamente la cláusula de derechos personales que está en la Constitución.
- El nuevo texto se refiere a casos excepcionales en que los padres fracasan, siempre y cuando se afecte al niño, el Estado de manera proporcionada deberá reemplazar sus tareas u obligaciones.
- Se establece que la ley deberá considerar en la decisión final de los procedimientos el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- Se establece que la ley debe garantizar el derecho a ser oído a ciertos procedimientos legales referidos tales como la adopción y su cuidado alternativo.

Derecho a la participación: No hay reconocimiento de los derechos de participación de la niñez y adolescencia en la Constitución propiamente tal.

Hay que destacar que el Estado reconoce a la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad (esto se mantuvo), (artículo 41).



4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de Derechos Humanos Transversal: No hay mención de institucionalidad de derechos humanos en la Constitución, la ley consagra por medio de estatutos independiente al Defensor General de Derechos Humanos y a un Defensor de la Niñez.

Jerarquía de los Tratados Internacionales: No tienen jerarquía constitucional, puesto que para que sean incorporados deben ser aprobados y ratificados por el congreso, de lo contrario no tiene jurisdicción en los tribunales y cortes de justicia del país (Art. 29).

Defensoría del Pueblo/Ombudsman: No existe mención a ninguna institucionalidad de derechos humanos en la Constitución. Sin embargo, la ley consagra por medio de un estatuto independiente al Defensor General de Derechos Humanos que opera con autonomía e independencia de las demás instituciones de protección y defensa de Derechos Humanos.

Mecanismos de Justiciabilidad: no se establece en la Constitución. Solo se menciona la institucionalidad de Derechos humanos que está establecida por ley, como las instancias para reclamar por vulneración de derechos fundamentales.

Tribunal/ Corte Constitucional: existe una Corte Suprema que actúa como Tribunal Constitucional.



5. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Previo a la reforma constitucional que incorpora los derechos de la niñez y adolescencia (2006), Irlanda adoptó la primera estrategia nacional de la infancia basada en la CDN el año 2000, y eso se ha desarrollado de manera más reciente.

Así también, se comienza a implementar un Estudio Nacional de niñez que empezó en el año 2000, cuyo objetivo es hacer un seguimiento de la vida de los niños, niñas y adolescentes (quienes ahora son adultos)¹⁰⁵. Se cuenta con una base de datos enorme de conocimiento acerca de la vida de estos niños en un periodo de tiempo y eso nos ha brindado datos acerca de su experiencia en la educación, salud, además de todo el rango de fenómenos y actividades en su vida.

A nivel legislativo, el 2004 se estableció una Defensoría de la Niñez a partir de un estatuto independiente, a la Ley del Defensor de los Niños de 2002 (Ombudsman for Children Act 2002), con facultades amplias para promover y proteger los derechos de la infancia, y puede escuchar las quejas de niños y niñas. Esta ha sido una institución muy incidente en el cambio cultural acerca de los niños, niñas y sus derechos.

Se estableció el Ministerio de la Niñez con un gabinete exclusivo para ellos y ellas, esto ha situado los derechos de los niños, niñas y adolescentes políticamente. El ámbito de protección especial se encuentra alojado en este Ministerio. El ámbito de justicia juvenil se trasladó al Ministerio de Justicia hace 15 años, con excepción del ámbito de la detención de los y las adolescentes, el que sigue enmarcado en el Ministerio de Niñez. Esta decisión ha sido muy evaluada en relación a protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.



La implementación de estas instituciones fueron producto tanto de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, como del trabajo de incidencia que realizaba la sociedad civil en materia de infancia.

La implementación de estas instituciones fueron producto tanto de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, como del trabajo de incidencia que realizaba la sociedad civil en materia de infancia.



6. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En cuanto a las brechas en la Constitución: Se advierte la ausencia de los siguientes principios y derechos de la niñez y adolescencia en la Constitución.

- Reconocimiento constitucional del principio del interés superior del niño (no solo remitirlo a la ley).
- Derecho a la protección contra la violencia.
- Reconocimiento constitucional del derecho a ser oído. Actualmente se remite a la ley para garantizar el derecho a ser oído y solo en relación ciertos procedimientos legales (procedimiento sobre cuidado alternativo y adopción de niños, niñas y adolescentes).

Existen diversas experiencias sobre esquemas de reparación en Irlanda, por ejemplo, se instauró la Comisión de investigación para el abuso infantil (conocida popularmente como el Informe Ryan)¹⁰⁶, si bien la misión correspondía a todas las formas de abuso en instituciones para niñez en Irlanda. Sin embargo, hubo niños, niñas y adolescentes que quedaron excluidos del universo contemplado por dicha política, por haber sufrido estas vulneraciones en contexto de escuelas católicas específicamente. Si bien después de un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, se amplió a niños, niñas y adolescentes que experimentaron abusos en estos contextos, los requisitos para entrar al esquema de reparación eran tan estrictos que, en la práctica los continuó excluyendo. También hubo Comisiones de investigación acerca de casos en relación a adopciones ilegales y otro, acerca de sitios de entierros con restos de niños que estaban en las cercanías de estas instituciones, pero desde una perspectiva legal no fue concebido como derecho de niñez.

No hay capacitación de abogadas y abogados en relación a la niñez y adolescencia establecida en la Constitución, como tampoco cuentan con requisitos o programas de especialización de la judicatura establecidos por ley.



8. Reforma Constitución Política de Noruega 2014



1. ANTECEDENTES SOCIOPOLÍTICOS DE LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Reforma constitucional: La incorporación de derechos específicos de la niñez y la adolescencia en la Constitución de Irlanda, se efectuó en el año 2014, como parte de un proceso de renovación y actualización al texto constitucional de 1814. Este proceso se realiza en un contexto de consensos y acuerdos entre partidos políticos por la necesidad de robustecer el catálogo de derechos humanos en la Constitución.

En esta instancia se instaló una Comisión de Derechos que hizo una propuesta acerca de los derechos que debían ser incluidos y así, se propuso una cláusula aparte de derechos de la niñez y adolescencia, cuya incorporación se consultó a la ciudadanía. Los resultados coincidieron en que la niñez y la adolescencia pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad que merecía especial atención, lo cual devino en un artículo específico para este grupo dentro de la Constitución.

Se señala que, la única oposición que tuvieron estas enmiendas constitucionales procede de pequeños grupos conservadores que no veían la necesidad de generar un artículo específico para niñez, al ya estar incluidos como titulares de derechos en una declaración general de derechos humanos. Sin embargo, la discusión se había dado anteriormente cuando se incorporó la CDN, con la Ley de Derechos Humanos, adoptada en 2003. Por lo tanto, en Noruega las reformas en materia de niñez y adolescencia no son un tema controversial al existir un amplio respaldo político a estas iniciativas y existir una clase política bastante homogénea.



2. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

No hubo participación incidente: No hay registro de participación incidente de niños, niñas y adolescentes en el proceso de reforma constitucional de 2014, salvo algunas intervenciones en las audiencias de discusión de las reformas constitucionales respecto a temáticas específica que no tuvieron la efectividad que se esperaba.



3. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Con la reforma a la Constitución de 1814, se incorporaron en dos artículos los derechos específicos que gozan y le son garantizados a niños, niñas y adolescentes en el país. Estos disponen que:

- Se destaca el reconocimiento del concepto de valor humano, asimilable a dignidad humana, derecho a ser oído y a la autonomía progresiva. Así también se establece el interés superior del niño en las decisiones adoptadas en relación a la niñez. Se protege su integridad personal. (artículo 104).
- En relación a las obligaciones del Estado, dispone que este debe crear condiciones que permitan su desarrollo. Por lo tanto, asegurará su seguridad económica y social [...] preferiblemente dentro de su propia familia (artículo 104).
- Derecho a la educación básica de niños y niñas (artículo 109, inciso 2).



4. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Institucionalidad de Derechos Humanos Transversal: Ley de Derechos Humanos (2003): Fue aprobada tras 4 años de discusión parlamentaria para su correcta aplicación en la legislación y jurisprudencia noruega. Esta normativa incorpora expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño con prioridad sobre el resto de la legislación, en conjunto con la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Pacto de Naciones Unidas que también fueron incorporados en la ley. Desde esa perspectiva, el cambio de paradigma de la niñez fue progresivo especialmente en la expresión de sus opiniones y de sus mejores intereses, derecho a la participación vinculante en la expresión de sus opiniones, que son esenciales para la garantía de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. En caso de conflicto con el resto de la legislación, esta ley tiene jerarquía por sobre cualquier norma ordinaria.

Jerarquía Tratados Internacionales: Los tratados sobre materias de especial importancia y, en todos los casos, los tratados cuya implementación requieran una nueva ley o una decisión del Parlamento según la Constitución, no entrarán en vigor hasta que hayan sido ratificados por el Parlamento (Art. 26).

Las autoridades del Estado respetarán y protegerán los derechos humanos tal y cómo están contemplados en esta Constitución y en los tratados de derechos humanos que son vinculantes para Noruega. (Art. 92).

Defensoría del Pueblo/Ombudsperson: Cuentan con una Institución Nacional de Derechos Humanos establecida en la ley.

Mecanismos de Justiciabilidad: No existe ninguna institucionalidad de protección de derechos especializada en niñez establecida en la Constitución.

En ese sentido, no existe ningún mecanismo directo para que niños, niñas y adolescentes puedan presentar denuncias y quejas respecto de situaciones que le afecten o atenten contra sus derechos. Deben tener 18 años para recurrir al tribunal, por tanto, requieren de la representación de sus padres.

Tribunal/Corte Constitucional: Existen dos instituciones de justicia constitucionalizadas como el Tribunal Supremo y la Corte Suprema. No obstante, no tienen funciones de garantía y protección de derechos fundamentales, sino que funcionan como últimas instancias de apelación cuando los tribunales no llegan a una resolución unánime.

Ahora bien, el tema de justiciabilidad de derechos humanos recae en los tribunales ordinarios.



5. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Defensoría de la Niñez: Fue creada mediante ley ordinaria en 1981 como una institución de promoción de los intereses de la niñez y la adolescencia, tanto en el ámbito privado como público. Sus funciones se remiten al mandato específico que establece que los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser respetados y protegidos, junto con la obligación de las autoridades de garantizar el cumplimiento de estos derechos.

En ese sentido, es una institución sumamente importante a la hora de escuchar e incluir a los niños en la toma de decisiones de las políticas públicas de su interés. De hecho, existen paneles de consulta para preguntar sobre su experiencia en distintas temáticas.

Además, realizan procesos de levantamiento de información que posterior se materializan en informes de cómo los niños, niñas y adolescentes están ejerciendo sus derechos en la realidad donde se encuentran inmersos.

A pesar que la normativa de Noruega no contempla la especialización en niñez y adolescencia de los jóvenes para los abogados defensores, si se les solicita que realicen cursos de actualización sobre Derechos Humanos. Mientras que, los tribunales de justicia han ido ajustando su jurisprudencia a la perspectiva de los derechos niñez y la adolescencia consagrada en las reformas constitucionales de 2014.



En cuanto a los derechos de participación consagrados en la Constitución gracias a la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño y a las discusiones de ley previas en esta temática, la legislación establece todos los temas de participación y limitaciones por edad de acuerdo con el principio de autonomía progresiva, aunque la Constitución no establece ninguna disposición sobre la edad mínima de participación.

Existen Consejos de la Juventud establecidos por ley a nivel municipal. En algunas municipalidades los niños han tenido derecho de participación a partir de los 16 años de edad, pero el derecho a voto en general es a los 18.



8. BRECHAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Derechos que no se reconocen en la Constitución: No se consagra el derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes propiamente tal, tampoco el derecho a la participación política de los niños, niñas y adolescentes como colectivo y el derecho a la protección contra la violencia.

Adolescentes no tienen asegurado el derecho a voto: Todas las personas son consideradas ciudadanas, pero los adolescentes y jóvenes no tienen asegurado el derecho a voto hasta los 18 años. Excepto en algunos municipios que habilitan el derecho a sufragio a partir de los 16 años.

El Estado de Noruega no ha ratificado el Protocolo facultativo de la CDN relativo a procedimiento de comunicaciones, lo cual ha imposibilitado que la Defensoría de la Niñez actúe sobre casos individuales de vulneraciones de derechos a niños, niñas y adolescentes ante el órgano de tratados.

Dificultad en relación al acceso a la justicia: los niños, niñas y adolescentes tiene dificultad para reclamar sus derechos, no cuentan con un mecanismo accesible para esta población. Así también no hay especialización de tribunales ni jueces lo que profundiza el problema.

Departamentos de detención para adolescentes: En el ámbito de justicia penal juvenil existen zonas en las cuales no hay departamentos especializados en adolescentes. Por tanto, se ubican departamentos separados en las cárceles de adultos. Este problema no resulta ser prioritario por la baja tasa de adolescentes privados de libertad (la edad de responsabilidad criminal está fijado en los 15 años de edad).



