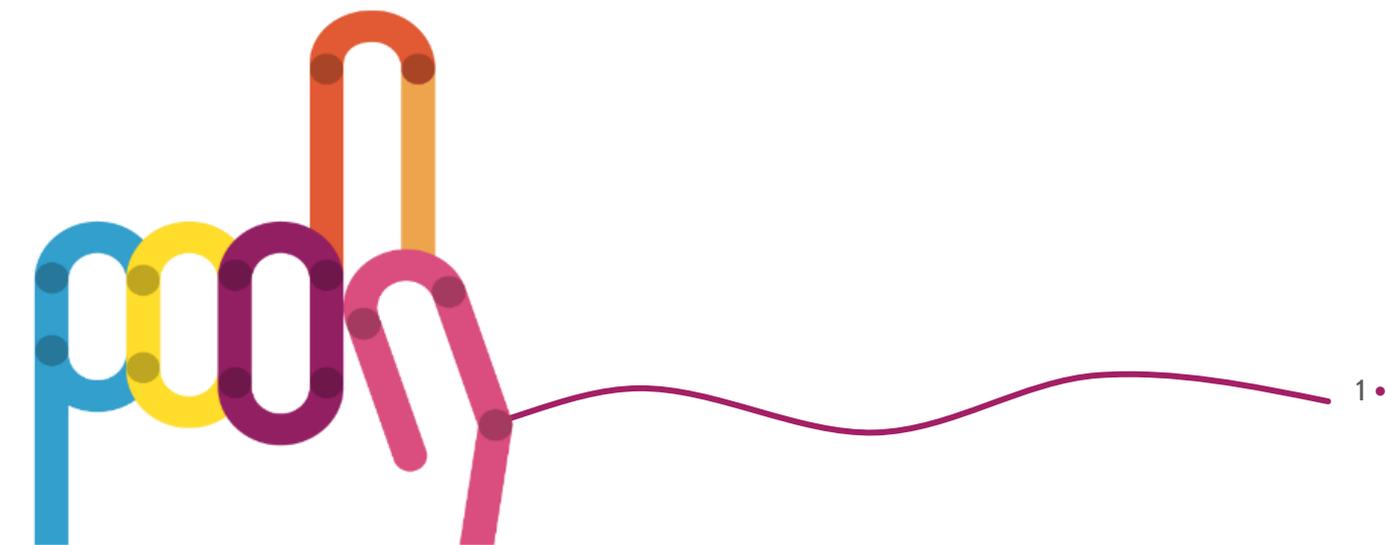




## **Minuta 2: análisis y recomendaciones al anteproyecto constitucional de la Comisión de Expertos y las enmiendas presentadas**

Julio de 2023



## 1. Balance general: alerta sobre graves falencias en materia de incorporación del enfoque de derechos de la niñez y regresividad en la discusión constitucional

La incorporación transversal del enfoque de derechos humanos de la niñez y adolescencia, y el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos a nivel constitucional constituye un hito y oportunidad clave que debe considerarse en la propuesta de la nueva Constitución, que permite avanzar en los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en materia de derechos humanos.

Preocupa que el anteproyecto de nueva Constitución, así como algunas de las enmiendas constitucionales presentadas no incorporen el reconocimiento formal de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, así como la existencia de disposiciones normativas que no son coherentes con éste ni con la normativa vigente, es decir, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia.

**Advertimos en este marco también que algunas enmiendas presentadas en el proceso constituyen una regresividad evidente e inaceptable en materia de derechos humanos, específicamente un grave retroceso en los avances que el Estado de Chile ha logrado consagrar en términos del reconocimiento de derechos en general, así como de la niñez y adolescencia en particular.**

Se hace fundamental en este marco, la incorporación del enfoque de derechos de niñez y adolescencia de manera transversal en el texto de una nueva Constitución, es decir, a nivel de principios, derechos, sistemas públicos y procesos de participación ciudadana.

La Defensoría de la Niñez reitera su compromiso a prestar la asistencia técnica que requiera el proceso constitucional y sus diversas instancias para asegurar una participación efectiva de niños, niñas y adolescentes en la instancia y lograr que se reconozcan expresamente su titularidad de derechos y que en lo concreto se traduzca en el efectivo ejercicio de sus derechos en todas sus dimensiones y en los más diversos ámbitos.

## 2. Análisis y recomendaciones por ámbitos y artículos

### 2.1 Artículos y enmiendas relativas a niñez y adolescencia

El anteproyecto constitucional y las enmiendas consideran los siguientes contenidos que mencionan de forma directa a la niñez y adolescencia:

#### Capítulo 1. Fundamentos del Orden Constitucional. Artículo 14

#### Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 16

Anteproyecto	79/1 Enmienda de las y los Consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas.	76/1 De las y los consejeros Araya, Marcela; Araya, Karen; Bengoa, Márquez, Melín, Nanco, Pardo, Suárez y Viveros	121 /2 De las consejeras y los consejeros Araya, Marcela; Araya, Karen; Bengoa, Suárez, Márquez, Melín, Nanco, Pardo y Viveros.
<p>Artículo 14. <i>La Constitución reconoce y asegura el interés superior de niños, niñas y adolescentes y las condiciones para crecer y desarrollarse en familia.</i></p>	<p>Para sustituir el artículo 14, por el siguiente:</p> <p><i>“Artículo 14.-La Constitución reconoce y asegura el interés superior de los niños, el cual incluye las condiciones para crecer y desarrollarse en su familia. Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. El Estado reconoce a la familia, esto es, los padres o tutores en su caso, la prioridad en la determinación y garantía del interés superior de sus hijos o pupilos, procurando su máximo bienestar espiritual y material posible.”.</i></p>	<p>Artículo 14. <i>Enmienda sustitutiva total.</i></p> <p><i>Para sustituir totalmente el artículo 14 por uno del siguiente tenor: “1. La Constitución reconoce y asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El Estado garantiza la protección integral de la niñez, adoptando, sin discriminación, medidas para resguardar su supervivencia y desarrollo. 2. Toda acción estatal orientada a garantizar sus derechos, deberá considerar primordialmente el interés superior de niños, niñas y adolescentes, su protección frente a toda forma de violencia y el desarrollo de condiciones adecuadas para crecer y desarrollarse en el seno de un ambiente familiar.”.</i></p> <p>Artículo 14. <i>Enmienda aditiva.</i> <i>Para agregar un nuevo inciso 2 - pasando el texto del actual inciso único-, del siguiente tenor: “2. Toda acción estatal orientada a garantizar sus derechos, deberá considerar primordialmente el interés superior de niños, niñas y adolescentes, su protección frente a toda forma de violencia y el desarrollo de condiciones adecuadas para crecer y desarrollarse en el seno de un ambiente familiar.”</i></p>	<p>Artículo 16. <i>Enmienda aditiva.</i></p> <p><i>Enmienda aditiva. Para agregar un nuevo inciso 21 ter al artículo 16, en los siguientes términos:</i></p> <p><i>“Derechos de niños, niñas y adolescentes. a) La Constitución asegura la protección prioritaria del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la titularidad y ejercicio efectivo de todos sus derechos fundamentales, el que incluye, entre otros, el derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en las cuestiones que les conciernen y les afecten, en función de su edad y madurez.</i></p> <p><i>b) El Estado reconoce el rol esencial que las diversas formas de familia y, en especial, los progenitores, cumplen en el pleno desarrollo de los derechos de la niñez y su bienestar.</i></p> <p><i>c) Niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de violencia, explotación y maltrato, incluido el castigo corporal.</i></p> <p><i>d) La ley establecerá un sistema de protección integral a la niñez.”</i></p>

## Análisis disposición del anteproyecto

Si bien se valora la incorporación del reconocimiento del principio de interés superior del niño en el artículo 14 el texto del anteproyecto, **esta única disposición referida a niñez no cumple con los estándares necesarios para considerarla suficiente de acuerdo con las recomendaciones efectuadas por la Defensoría de la Niñez sobre esta materia**<sup>1</sup>.

Específicamente, **el anteproyecto no reconoce a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos y no explicita de forma clara el rol del Estado en garantizar, proteger y cumplir con sus derechos**. En este sentido, establece que “la Constitución reconoce y asegura (...) las condiciones para crecer y desarrollarse en familia”, no obstante, omite las obligaciones específicas de los garantes principales de derechos, a saber, Estado, familia y la sociedad para que estas condiciones se desarrollen. Asimismo, no avanza en el reconocimiento de derechos específicos de niñez y adolescencia que atienden especialmente a su condición como grupo de especial protección, tales como el derecho a vivir en familia o a estar protegidos contra toda forma de violencia.

El anteproyecto desaprovecha la oportunidad de reforzar y asegurar la institucionalidad a cargo de respetar, proteger y cumplir con sus derechos, específicamente omite la constitucionalización del **Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia**, cuya promulgación fue producto de una activa incidencia histórica por parte de la sociedad civil, en base a la reiterada recomendación que había realizado el Comité de los Derechos del Niño en la materia. En esta línea, tampoco reconoce a nivel constitucional a la Defensoría de la Niñez, esta última para conferirle mayor estatus y legitimidad, permitiendo consagrar su posición dentro de este sistema, estableciendo específicamente su autonomía y especialización en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, desde los estándares de derechos humanos.<sup>2</sup>

## Análisis a las enmiendas propuestas

En cuanto a la enmienda presentada por los Consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas, relativa al artículo 14, incorporan una interpretación del principio del Interés superior del niño en que los padres o tutores tienen la prioridad en la determinación del interés superior de sus hijos o pupilos. Lo anterior es contrario a lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, tampoco responde al desarrollo doctrinario tanto nacional como internacional sobre este principio<sup>3</sup>. Cabe recordar que el objetivo de este principio es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, así que este no es simplemente determinado por adultos, sean sus padres u otros, sino que debe ser garantizado por éstos, considerando en ello todos los principios, incluyendo especialmente el de participación de niños, niñas y adolescentes. **Como señala el Comité de los**

<sup>1</sup> Para más información visitar <https://www.defensorianinez.cl/mivozenlaconstitucion>

<sup>2</sup> Defensoría de la Niñez (2022). Boletín 4. Enfoque de derechos de la niñez y adolescencia en la institucionalidad y en espacios de participación democrática. Pág. 11. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-N%C2%BO4.pdf>

<sup>3</sup> Para profundizar sobre la interpretación del principio de Interés superior del niño ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño Cillero; Miguel (2017). “Interés superior del niño: apuntes para su reconocimiento constitucional”; Revetllat, Isaac (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/7896/file/guia%20interes%20superior.pdf>.

**Derechos del Niño, “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención.”<sup>4</sup>**

Así también, cabe mencionar que la Ley de Garantías, en su artículo 7 establece el interés superior del niño y dispone que para su determinación se deberán considerar las circunstancias de cada niño, niña o adolescente, mencionando ciertos criterios orientadores, entre los que se mencionan:

- a) *Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.*
- b) *La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.*
- c) *La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente. (...).*

Como es posible observar el primer criterio se enfoca específicamente en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, luego establece su derecho a manifestar su opinión y como tercer criterio refiere a la opinión de padres, madres u otros cuidadores, *salvo sea improcedente*, entre otros criterios más. De este modo, **cabe destacar que la legislación nacional especializada en la materia contempla para la determinación del interés superior la opinión de quienes tienen su cuidado, pero no le otorga prioridad a la opinión de estos adultos en la determinación del interés superior del niño, incluso señala que, en ciertos casos, no se debe aplicar.**

Aceptar la enmienda comentada, significa desconocer las motivaciones por las que surge este derecho, principio y norma de procedimiento. La prioridad que plantea de atender prioritariamente lo que se señale por padres o tutores, sin atender a otros elementos, supone dar un sustento a una hipótesis que la realidad ha demostrado que no siempre es así, esto es, que hay padres o tutores que incluso pueden ir en contra del interés superior del niño, y que es necesario ponderar en base a varios elementos, la evaluación y determinación del interés superior, restringiendo en determinados casos el derecho a vivir en familia, por las graves vulneraciones sufridas.

Las otras enmiendas citadas incorporan mayores elementos relativos al enfoque de derechos de la niñez, agregando también la constitucionalización del Sistema de Garantías y Protección Integral dentro del capítulo 2.

En este marco, la Defensoría de la Niñez recomienda robustecer el artículo 14 del anteproyecto, incluyendo en dicha disposición los siguientes elementos:

- Evaluar, en línea con la enmienda presentada, su incorporación como parte del artículo 16 en el título de Derechos y Libertades fundamentales del capítulo 2.

---

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

- El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos y titulares de derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile actualmente vigentes.
- Incorporar el deber prioritario del Estado en respetar, proteger y garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia en el marco de su interés superior, así como de la supervivencia y desarrollo, protección contra toda forma de discriminación, participación y la consideración de su autonomía progresiva. Se recomienda en esta materia observar la Iniciativa N° 9.247: Niños, Niñas y Adolescentes en la Nueva Constitución "#NoTeOlvidesDeLaNiñez"
- Incorporar, el derecho de niños, niñas y adolescentes a estar protegidos contra toda forma de violencia, estableciendo el rol del Estado en prevenir, proteger y reparar de forma oportuna en esta materia.
- Incorporar el derecho a vivir en familia. Se propone que luego de la frase "desarrollarse en familia", se reconozca que niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser separados de estas contra su voluntad, salvo en los casos que sea necesario, de acuerdo con el interés superior, según lo establecido en la ley y los tratados internacionales de derechos humanos.
- Reconocer constitucionalmente el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia a nivel constitucional y su objeto de respetar, proteger y cumplir los derechos de la niñez y adolescencia a partir de un Sistema de Protección Integral.
- Reconocer a nivel constitucional a la Defensoría de la Niñez, como órgano autónomo de derechos humanos, con presencia nacional, encargado de la promoción y protección de los derechos de la niñez y adolescencia.

Por su parte, en relación con el artículo 38 N°8, proponemos su eliminación e incluir el siguiente contenido dentro del artículo 14. En caso contrario, modificar su contenido al respecto.

- Reconocer a nivel constitucional el deber del Estado, la sociedad, la comunidad y las familias en la promoción, respeto, protección y cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia.

## Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales

### **271 /2 De las y los consejeros Araya, Karen; Araya, Marcela; Bengoa, Márquez, Melin, Nanco, Pardo, Suárez y Viveros. Enmienda artículo nuevo (30). Enmienda aditiva.**

Para agregar un nuevo artículo, que se ordenará con incisos que se enumeran, con el siguiente tenor: "1. Existirá una Defensoría de los Derechos Humanos, organismo colegiado de carácter autónomo, que tendrá por objeto la defensa y promoción de los derechos humanos ante los actos u omisiones del Estado". Se agrega como inciso 2 el siguiente: "2. Una ley institucional regulará sus atribuciones, entre las que se incluirá la fiscalización de organismos públicos, la presentación de recomendaciones, reclamos y acciones judiciales y la educación en derechos humanos". Se agrega como inciso 3 el siguiente: "3. Una ley definirá su estatuto y funcionamiento, velando especialmente por su autonomía y transparencia".

La enmienda presentada no establece claramente que la creación de la Defensoría de los Derechos Humanos deba o no considerar las materias hoy abocadas a la Defensoría de la Niñez. Sin embargo, a juicio de la Defensoría de la Niñez, la constitución de un organismo especializado y autónomo, independiente de un organismo general (aunque sí coordinado) en materias de niñez y adolescencia es fundamental. La experiencia internacional ha demostrado la poca priorización de estas materias dentro de organismos generales, en donde **solo un 3% del presupuesto global de dichos organismos se asigna a oficinas de defensa de derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>5</sup>, lo que ha sido constatado en diversos informes del Comité de los Derechos del Niño en distintos países con organismos generales.**

Al respecto se recomienda incorporar al artículo lo siguiente:

- Constitucionalización de la Defensoría de los Derechos de la Niñez como organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y con el objeto de la protección, promoción y difusión de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el territorio nacional, señalando que una Ley con quorum calificado deberá especificar su presencia en todo el territorio nacional, estructura, funciones y formas de designación del Defensor(a), entre otros elementos.

<sup>5</sup> Estudio UNICEF IRC Survey (2007-2008) citado en Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Los derechos de los niños, una orientación y un límite, Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile, año 2015, pág. 12.

## 2.2 Título relativo a los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales

### Capítulo 1. Fundamentos del Orden Constitucional. Artículo 5, inciso 2

<b>Anteproyecto.</b>  Artículo 5 (inciso 2)  <i>2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.</i>	<b>29/1 De las y los consejeros Fincheira, Gatica, Hevia, López, Montoya y Rojas.</b>  Para sustituir el inciso 2 del artículo 5 por el siguiente:  <i>“2. El ordenamiento jurídico chileno se rige por el principio de supremacía constitucional. El texto de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes deberá interpretarse de forma compatible con esta Constitución. En la interpretación del texto de las disposiciones de dichos tratados, no podrán utilizarse instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes para el Estado de Chile.”</i>
--	--

#### Análisis al anteproyecto

En esta materia, es importante destacar que uno de los compromisos que ha adquirido el Estado de Chile es la promoción y protección de los derechos humanos, a través de la suscripción y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, tanto aquellos del ámbito regional como universal. En este marco, a la fecha, nuestro país ha suscrito y ratificado la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos existentes.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no se pronuncia específicamente sobre cómo se deben incorporar los tratados internacionales de derechos humanos en la normativa interna de cada país, ni tampoco determina qué rango constitucional debiesen tener, de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados (1969)<sup>6</sup>, 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 aquellas.

Así la propuesta de norma del anteproyecto ofrece una norma interpretativa que orienta la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno.

#### Análisis a la enmienda propuesta

En este marco, por el contrario, la enmienda establece la supremacía constitucional y una disposición señalando que “El texto de las disposiciones de los tratados internacionales de

<sup>6</sup> 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.

derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes deberá interpretarse de forma compatible con esta Constitución” podría restringir, obstaculizar o derechamente impedir la aplicación de una norma de tratado internacional de derechos humanos en un caso concreto. Lo anterior, contravendría el principio de buena fe del cumplimiento de los tratados internacionales antes mencionado.

A su vez, dicha enmienda establece la exclusión de la utilización de instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes para Chile, al momento de interpretar normas de tratados internacionales de derechos humanos, lo que constituye un retroceso en esta materia.

Es importante mencionar que el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas regionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos conforman un ordenamiento jurídico, que no es estático sino principalmente dinámico. En este contexto, uno de los instrumentos jurídicos por excelencia, son los denominados *soft law* que se definen como “aquellos instrumentos, interpretaciones, decisiones o recomendaciones que dictan órganos con competencia para hacerlo, que no son vinculantes en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento, pero no por ello, carentes de efectos jurídicos o de cierta relevancia jurídica”<sup>7</sup>. La importancia que tienen estos instrumentos jurídicos en la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos es fundamental, ya que por medio de su desarrollo el derecho internacional se va actualizando, al mismo tiempo que establece orientaciones técnico-jurídicas para su mejor aplicación en los casos concretos.

En el ámbito de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de tratado, por medio de las Observaciones Generales, elabora recomendaciones sobre cualquier asunto relacionada con los niños, niñas y adolescentes a la que, en su opinión, los Estados partes deberían prestar más atención. A su vez, el desarrollo de dichas Observaciones Generales, 25 a la fecha, han sido fundamentales para dar a conocer el contenido y aportar a la adecuada interpretación y aplicación de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup>.

Excluir su utilización a nivel constitucional es un retroceso en la comprensión e interpretación de los derechos humanos en el ámbito nacional, contraviniendo el principio de progresividad que rige en esta materia. Excluir su utilización a nivel constitucional es un retroceso en la comprensión e interpretación de los derechos humanos en el ámbito nacional, contraviniendo el principio de progresividad que rige en esta materia. Esto impediría en la práctica, por ejemplo, su cita para la fundamentación de acciones constitucionales, *amicus curiae* y otras acciones que se desarrollan en materia de niñez para la protección de sus derechos.

<sup>7</sup>Llugdar, Eduardo. La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.

<sup>8</sup> Unicef (s/fecha). Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Disponible en: <http://oped.educacion.uc.cl/website/images/disponibles/UNICEF-ObservacionesGeneralesComiteDerechosNino.pdf>.

## Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 16, N°6.

<p><b>Anteproyecto</b></p> <p>Artículo 16 (N° 6)</p> <p><i>“6. El acceso a la justicia, con el objeto de que sus derechos sean amparados de manera efectiva. Esto comprende la información y los medios necesarios para ejercerlos; la existencia de servicios legales y judiciales, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y la adopción de las medidas necesarias que permitan su realización.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale. Es deber del Estado brindar asistencia letrada y gratuita, a toda persona que no pueda obtenerla por sí misma, en la forma que establezca la ley. Ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.</i></p> <p><i>El Estado, en conformidad a la ley, proporcionará defensa penal a los imputados por hechos que pudiesen ser constitutivos de crimen, simple delito o faltas y que carezcan de defensa letrada.</i></p> <p><i>La ley señalará los casos y la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efectos de ejercer la acción penal cuando corresponda”.</i></p>	<p><b>32 /2 De las consejeras y los consejeros Araya, Marcela; Araya, Karen; Bengoa, Suárez, Márquez, Melin, Ñanco, Pardo y Viveros.</b></p> <p>Artículo 16. Para agregar un nuevo párrafo al final del inciso 6°, con el siguiente tenor: “Es deber del Estado otorgar asistencia jurídica especializada para la protección del interés superior de niñas, niños y adolescentes, y el resguardo de sus derechos”.</p>
--	--

Si bien, el artículo del anteproyecto garantiza el derecho de todas las personas al acceso a la justicia, se recomienda evaluar su reforzamiento especial en el caso de la niñez y adolescencia en línea con la enmienda presentada. En este sentido, la Ley N° 21.430<sup>9</sup>, entre otras temáticas, regula los derechos de niños, niñas y adolescentes en materia de representación jurídica especializada, de la mano con los derechos al debido proceso, tutela judicial efectiva y derecho a ser escuchados/as en todo procedimiento judicial o administrativo, además de informado/a de la aplicación de su interés superior.

<sup>9</sup> Artículo 50. Ley N° 21.430. 12 de marzo de 2022. Disponible: <https://bcn.cl/2yieq>

## Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 16, N°4, letra f)

### Anteproyecto

Artículo 16 (N° 4, letra f)

*“Los menores de dieciocho años privados de libertad deberán estar separados de los adultos y se aplicará un régimen acorde con su edad.”*

El artículo recoge una garantía establecida en el artículo 37 letra c) de la Convención sobre los Derechos Humanos. Sin embargo, considerando que esta norma se refiere a un grupo que se encuentra privado de libertad, es decir, en una especial situación de vulnerabilidad, se estima la relevancia de robustecer la norma de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos de niñez y adolescencia. Para ello, es importante observar el artículo 37 letra b) de la Convención que dispone “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley **y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;**” estándar que resulta central en el caso de las y los adolescentes que hayan infringido la ley penal, por lo que se sugiere incorporar.

Así también se advierte la relevancia de establecer un mínimo de edad en relación al establecimiento de responsabilidad penal, toda vez que el Comité de los Derechos del Niño, basándose en evidencia especializada sobre desarrollo infantil y neurociencia, destaca positivamente a los Estados partes que establecen “una edad mínima de responsabilidad penal más elevada, por ejemplo 15 o 16 años, **e insta a los Estados partes a que no la reduzcan en ninguna circunstancia, de conformidad con el artículo 41 de la Convención**”<sup>10</sup>. Bajo este estándar, con el objetivo de que no se rebaje en ninguna circunstancia la edad de 14 años de la imputabilidad penal, para el caso de Chile, se releva la importancia de establecer una limitación constitucional en cuanto a esta materia.

Se recomienda, incorporar en la redacción del artículo 16, N° 4, letra f):

El reconocimiento de algunos los derechos y/o garantías mínimas, en especial aquellas que refieran a:

- La edad mínima de imputabilidad, es decir, 14 años;
- Señalar expresamente que la detención y la privación de libertad se deben considerar como recursos de última ratio.

<sup>10</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°24 Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, párr.2.

## Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 16, N°13

### Anteproyecto

#### Artículo 16 (N° 13)

- *13. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de toda persona para adoptar la religión o las creencias de su elección.*
- *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a elegir que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

El artículo, además, de no reconocer explícitamente el derecho de niños, niñas y adolescentes a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, establece y prioriza el derecho de los padres y tutores, por sobre el de los hijos o pupilos, ignorando el principio de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Por tanto, esta disposición, contradice el estándar internacional recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Garantías, los cuales establecen en sus artículos 14 y 30, respectivamente, que el Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres de orientar y guiar al niño en su propio ejercicio, conforme a la evolución de sus facultades.

En este marco, se recomienda incluir en la redacción del artículo 16 lo siguiente:

- Eliminar letra b) del N° 13 del artículo 16.
- Incorporar en el artículo 16, N° 13, una disposición que reconozca que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al libre ejercicio de su libertad de pensamiento, conciencia y religión, culto o creencia, así como no profesar alguna, especificando que el Estado respetará derechos y deberes de los padres en orientar y guiar al niño, niña y adolescente en el ejercicio de este derecho, conforme a la evolución de sus propias facultades.

**Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 16, el derecho a la educación. La libertad de educación N°22**

<p><b>Anteproyecto</b></p> <p>El derecho a la educación</p> <p>La Libertad de educación</p> <p>Artículo 16 (N° 23) el derecho a la educación</p> <p>Artículo 16 (N° 23, letra c)</p> <p><i>“c) Se reconoce el derecho y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos o pupilos, atendiendo a su interés superior”.</i></p>	<p><b>132 /2 De las y los consejeros Becker, Cuevas, Figueroa, Eluchans, Hutt, Medina, Ossandón, Phillips, Recondo y Silva</b></p> <p>Para agregar, en el inciso 22 del artículo 16, un nuevo literal b) del siguiente tenor</p> <p><i>“Las familias, a través de los padres o en su caso de los tutores legales, tienen el derecho y deber preferente de educar a sus hijos o pupilos, de elegir el tipo de educación y su establecimiento de enseñanza, así como a determinar y garantizar su interés superior. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.”</i></p>
--	--

En relación con la materia sobre el derecho y deber preferente de los padres de escoger la educación de sus hijos, tanto el artículo del anteproyecto como la enmienda presentada al respecto no respeta completamente el enfoque de derechos de la niñez y adolescencia. Además, la enmienda aborda una materia ya tomada en el artículo 16 n°23 letra c) relativo a la libertad de enseñanza.

Frente al contenido tanto del artículo original como la enmienda, cabe destacar que el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño efectivamente reconoce el respeto que deben tener los Estados de las responsabilidades, los derechos y deberes de los cuidadores, de impartirle dirección y orientación a los niños, niñas y adolescentes, agregando si que debe ser en “consonancia con la evolución de sus facultades”, así como para el ejercicio de los derechos reconocidos, dos elementos que no son incorporados en la propuesta

Además, realiza una interpretación del principio del Interés superior del niño como factor de determinación de los cuidadores. Cabe recordar que el objetivo de este principio es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la Convención, así que este no es “determinado por los adultos”, sino que debe ser garantizado por éstos, considerando en ello todos los principios, incluyendo en ello el de participación de niños, niñas y adolescentes. Como señala el Comité de los Derechos del Niño, “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”<sup>11</sup>

En este marco, se recomienda no incluir los aspectos mencionados en la enmienda.

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño (2013) Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Pág.2 Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

## Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 16- N°23, el derecho a la educación. La libertad de educación

### Anteproyecto

Artículo 16 (N° 23, letra a)

*“Las personas tienen el derecho de abrir, organizar, mantener y desarrollar establecimientos educacionales, sin otra limitación que las impuestas por el orden público y la seguridad del país”*

El artículo establece el derecho a abrir, organizar, mantener y desarrollar establecimientos educacionales, sin otra limitación que las impuestas por el orden público y la seguridad del país. De la redacción de esta norma, no se observa el reconocimiento de que también deben propender al fin propiamente tal de la educación establecidos en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que señala que la “libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza” debe ajustarse también al fin de la educación, el cual es “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.

En este marco se recomienda lo siguiente:

- Incorporar en el artículo 16 N° 23 letra a) que establece el derecho de abrir, organizar, mantener y desarrollar establecimientos educacionales también debe encontrarse en línea con los fines educativos dispuestos en el N° 22 del mismo artículo, específicamente el desarrollo de la persona y los niños, niñas y adolescentes hasta el máximo de sus posibilidades.

## 2.3 Sobre cuidados y educación inicial ausentes en la propuesta del anteproyecto

### ***Sistema Nacional de Cuidados***

La propuesta del anteproyecto no incorpora ni reconoce la importancia del rol de cuidados ni establece un Sistema Nacional de Cuidados. Se recomienda al respecto revisar y recoger aspectos de la Iniciativa Popular N° 10.107 que establece el reconocimiento del derecho al cuidado, incluyendo también en este ámbito, de forma amplia, a niños, niñas y adolescentes, mediante una ley especial.

### ***Educación inicial***

La propuesta del anteproyecto incorpora en su artículo 16 N° 22, letra c) la obligatoriedad del Estado de asegurar el acceso a la educación inicial desde el nivel medio menor, así como la obligatoriedad como requisito de ingreso a la educación básica del segundo nivel de transición. Al respecto, se recomienda establecer el rol del Estado en asegurar el acceso a la educación inicial desde todos los niveles, como un derecho social plenamente garantizado. Asimismo, con respecto a la obligatoriedad como requisito del segundo nivel de transición, cabe recordar que la evidencia muestra que una educación inicial de alta calidad genera efectos positivos y claves en el desarrollo de los niños y niñas, pero también si es de mala calidad genera efectos regresivos, siendo necesario también discutir con mayor profundidad sobre los efectos de la escolarización del nivel. En este marco se recomienda generar un diálogo profundo y especializado que permita abordar las diversas problemáticas de la provisión actual, lo que podría especificarse en una norma transitoria de la propuesta.

## 2.4 Artículos relativos a ciudadanía, sufragio y participación

### Capítulo 2. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. De los derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales. Artículo 19

Anteproyecto	Enmiendas
<p>De la nacionalidad y ciudadanía</p> <p>Artículo 19</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.</i></li> <li>2. <i>La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o ley confieran.</i></li> <li>3. <i>Los ciudadanos con derecho a sufragio que se encuentren fuera del país podrán sufragar desde el extranjero en las elecciones primarias presidenciales, en las elecciones de Presidente de la República y en los plebiscitos nacionales.</i></li> <li>4. <i>Tratándose de los chilenos que se refieren los literales b) y d) del artículo 17, el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado vecindados en Chile por más de un año.</i></li> </ol>	<p>No se ingresan enmiendas referidas a este artículo en particular, sin perjuicio de propuesta que otorga derecho facultativo de sufragio a mayores de 16 años en artículo 39 que viene a continuación.</p>

#### Análisis del anteproyecto

En lo relativo a ciudadanía y sufragio (artículo 19), se advierte la omisión del reconocimiento de la ciudadanía de las y los adolescentes que, a su vez, impacta en la ausencia de reconocimiento de su derecho a la participación en las elecciones y en los asuntos públicos considerando su autonomía progresiva. En este sentido, la necesaria consagración de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos implica a su vez que la titularidad de los derechos fundamentales no dependa de la edad ni de otras condiciones sujetas a la etapa del desarrollo en la que se encuentran. En ese sentido, la discriminación por edad dentro de los espacios de participación responde a una lógica adultocéntrica de la democracia que ignora que los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo que no es ajeno a la sociedad ni a los asuntos públicos.

En virtud de lo anterior, las recomendaciones de la Defensoría de la Niñez apuntan a dejar atrás la concepción histórica de niños, niñas y adolescentes como objetos de protección restándoles su capacidad de agencia, y, en definitiva, desconociéndolos como sujetos de derechos. Asimismo, la Ley de Garantías recientemente promulgada es clave al afirmar que la autonomía progresiva es parte de los principios que rigen al sistema de derechos de la niñez y adolescencia, reconociendo incluso el derecho del cual este grupo es titular de manera de “experimentar el

balance permanente entre la autonomía para el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección”<sup>12</sup>.

En esta línea, se recomienda que se revise la concepción de ciudadanía propuesta por el artículo 19 teniendo en consideración lo siguiente:

- Modificar el N° 1 del artículo, de manera que se indique que **son ciudadanos/as todas las personas con nacionalidad chilena**.
- Agregar, en un nuevo numeral dentro del artículo, sobre el derecho a voto de chilenas/os mayores de 16 años, indicando además que la participación de personas entre 16 y 17 será siempre voluntaria y libre.<sup>13</sup>
- Promover que el **ejercicio facultativo del sufragio en adolescentes de 16 a 17 años**, en función de su reconocimiento como sujetos de derechos, establezca mecanismos que garanticen la participación voluntaria e informada a través del fortalecimiento de la formación ciudadana atendiendo a su autonomía progresiva.

---

<sup>12</sup> Artículo 11. Ley N° 21.430. 12 de marzo de 2022. <https://bcn.cl/2yieq>

<sup>13</sup> Al respecto se recomienda ver la minuta ¿Por qué los y las adolescentes de 16 a 17 años deberían participar en el plebiscito constitucional de salida? Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2022/03/Razones-para-que-los-adolescentes-de-16-a-17-anos-puedan-participar-en-el-plebiscito-constitucional-de-salida.pdf>

### Capítulo 3. Representación política y participación. Artículo 39.

Anteproyecto	Enmiendas de las y los consejeros Araya, Marcela; Bengoa, Márquez, Melin, Ñanco, Pardo, Suárez y Viveros
<p>Artículo 39</p> <p>1. Las personas tienen derecho a participar en los asuntos de interés público, mediante la elección de representantes, referendos y plebiscitos que la Constitución establece y a través de los mecanismos de participación, en conformidad con ella y la ley.</p> <p>2. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover el ejercicio de este derecho, tendiendo a favorecer una amplia deliberación ciudadana.</p>	<p>Artículo 39, inciso 3. Para agregar un nuevo inciso del artículo 39 del siguiente tenor:</p> <p><i>“La ley establecerá mecanismos para que los niños, niñas y adolescentes participen progresivamente en los asuntos públicos.”.</i></p> <p>Artículo 39, inciso 3. Para agregar un nuevo inciso del artículo 39 del siguiente tenor:</p> <p><i>“El derecho a sufragio será voluntario desde los dieciséis años y obligatorio desde los dieciocho”.</i></p>

#### Análisis del anteproyecto

Sobre el artículo 39 del anteproyecto, el cual detalla los mecanismos de participación ciudadana, se advierte que se estas se encuentran delimitadas en el marco del ejercicio de la ciudadanía y sufragio, ambos establecidos en el anteproyecto con exclusión de niños, niñas y adolescentes. Por esta razón, se recomienda, siguiendo los estándares de derechos humanos, en particular los desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño, se garantice dentro de la propuesta constitucional un acuerdo bajo el cual se establezcan procesos de participación, en función de su desarrollo integral, que visibilice a niños, niñas y adolescentes como un grupo a ser escuchado, que se encuentra tan afecto a las decisiones políticas y sociales como las y los adultos.

#### Análisis de las enmiendas

Respecto de las enmiendas presentadas, se valora la inserción tanto de mecanismos participativos como del derecho facultativo al voto para adolescentes mayores de 16 años atendiendo que la participación de niños, niñas y adolescentes es un derecho, por tanto, se debe considerar su ejercicio como voluntario. En este sentido, ambas enmiendas toman razón de lo recomendado por el Comité de los Derechos del Niño<sup>14</sup> y por la Defensoría de la Niñez en la materia, en tanto toma en consideración la progresividad de la efectivización del derecho a ser escuchado y a participar en materias que les interesen. Asimismo, tales enmiendas cumplen con un piso mínimo de integración de la niñez y adolescencia en espacios de participación democrática atendiendo a su capacidad de agencia.

**En este sentido, se recomienda robustecer la propuesta del anteproyecto relativa a representación política y participación, tomando en consideración lo propuesto por las**

<sup>14</sup> Comité de los Derechos del Niño. 2009. Observación General N° 12 sobre el derecho al niño a ser escuchado. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

**enmiendas presentadas, así como también otras especificaciones que podrían fortalecer el ejercicio de este derecho.**

- Agregar, en un tercer numeral, que establezca el derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes, de modo de garantizar su derecho humano a expresar su opinión y a ser escuchado/a en todos los asuntos que les afecten o que sean de su interés, estableciendo mecanismos de participación que sean adecuados a la edad y madurez de cada niño, niña y adolescente.
- Incorporar el derecho al acceso a la información especificando la relevancia de que se cumpla el principio de inclusividad y accesibilidad, con el objeto de que los niños, niñas y adolescentes se formen una opinión libre e informada, además, de establecer mecanismos pertinentes y adaptados a cada etapa del desarrollo, que garantice su participación efectiva, teniendo debidamente en cuenta lo expresado en sus opiniones.