

Revisión de los artículos aprobados por el pleno del Consejo Constitucional

Las comisiones del Consejo Constitucional han culminado de revisar los artículos iniciales y enmiendas presentadas por sus miembros al anteproyecto de la Comisión de Expertos y el pleno ya comenzó a debatirlas y someterlas a votación. En este contexto, la Defensoría de la Niñez ya presentó en la Comisión y remitió al organismo un análisis de estas enmiendas¹.

Sin embargo, persisten algunos artículos que constituyen una preocupante regresividad en los derechos de la niñez y adolescencia, que van en contra de décadas de debate e incidencia histórica de diversos actores sociales y organismos de derechos humanos, en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y de la propia legislación interna expresada en la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez, recientemente promulgada en el país.

Es posible afirmar que estos artículos incluyen una visión adultocéntrica y lejana al enfoque de derechos de la niñez y adolescencia, que relega a los niños, niñas y adolescentes como personas sin capacidad de agencia y ejercicio de sus derechos. Asimismo, se adoptan definiciones inadecuadas de principios claves de la Convención sobre el Derecho del Niño como el interés superior del niño. A continuación, se presenta una revisión de los artículos que presentan mayor preocupación para la Defensoría de la Niñez:

1. Sobre los derechos de la niñez y adolescencia y el principio de interés superior

Artículo 14°

“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 del interés superior de sus hijos o pupilos, procurando su máximo bienestar espiritual y material posible. Se protegerá especialmente a los niños contra cualquier tipo de explotación, maltrato, abuso, abandono y/o tráfico de niños, todo esto de conformidad a la ley.”

El artículo no reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, incluyendo una norma que los menciona solo en relación con roles de parentesco. Asimismo, no menciona el rol prioritario que debe tener el Estado en su protección, cumplimiento y respeto de sus derechos, así como tampoco da rango constitucional al Sistema de Garantías, entre otros.

Por su parte, define de forma incorrecta el principio de interés superior del niño, asumiendo que su determinación es prioritariamente desde la familia. Esto es contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece que este principio debe ser considerado por todas las *instituciones* públicas o privadas a la hora de adoptar decisiones que afectan o involucran a niños, niñas y adolescentes, respetando también el derecho a ser escuchados/as. Según la Convención, las familias deben considerar el interés superior como una “preocupación fundamental”, pero no son prioritarias en la determinación, pues deben también, considerarse otros elementos que deben ser adecuadamente ponderados. El respeto del principio del interés superior del niño resulta fundamental para proteger, precisamente, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, siendo este un elemento clave a priorizar a partir de las acciones de acompañamiento y apoyo desde el Estado

¹ Defensoría de la Niñez (2023) Minuta 2: análisis y recomendaciones al anteproyecto constitucional de la Comisión de Expertos y las enmiendas presentadas. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2023/07/Minuta-2-Analisis-y-recomendaciones-al-proceso-constitucional-y-enmiendas-constitucionales.pdf>

hacia éstas, evitando su separación, la cual debe ser una medida de último recurso frente a situaciones que coloquen en riesgo su supervivencia y desarrollo, y no por causales socioeconómicas.

A su vez, es posible afirmar que la aprobación de este artículo vulnera las bases constitucionales que incorporaron el principio de interés superior del niño, lo que recoge un historial significativo de desarrollo conceptual de éste y su reconocimiento y adopción a nivel internacional y nacional en diferentes tipos de medidas judiciales y administrativas que constituyen una fuente importante.

Es fundamental que se realicen cambios al artículo, al menos haciendo reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos humanos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales ratificados por Chile y con la eliminación de la frase “*El Estado reconoce a la familia, esto es, los padres o tutores en su caso, la prioridad en la determinación del interés superior de sus hijos o pupilos, procurando su máximo bienestar espiritual y material posible*”.

2. Sobre los tratados internacionales

Artículo 5°

*“La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, consagra como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar, proteger y garantizar tales derechos”. “Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, atendiendo a las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. **Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados, de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en la comprensión y su aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.** La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido”.*

La modificación no resuelve de forma clara el carácter constitucional, en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y cierra la posibilidad, en su inciso segundo, al avance de los estándares internacionales. En este sentido, elimina y omite la importancia de los cuerpos interpretativos de los instrumentos internacionales, tales como las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño las cuales han resultado fundamentales para la protección de derechos de la niñez y adolescencia.

3. Sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión

Artículo N°16 -N13

“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, a vivir conforme a ellas, a transmitir las, y a la objeción de conciencia individual e institucional. Se garantizará su ejercicio, debido respeto y protección. a) Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a educar a sus hijos o pupilos, y a elegir su educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Las familias tienen el derecho de instituir proyectos educativos y las comunidades educativas a conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas (.)

El artículo, **no reconoce el derecho de niños, niñas y adolescentes a la libertad de pensamiento, conciencia y religión e ignora el principio de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos.** La propuesta contradice el estándar de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Garantías, los cuales, además de reconocer este derecho para los niños, niñas y adolescentes también 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.**

Es fundamental que se realicen cambios al artículo, incorporando 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.

4. Sobre el derecho a la educación

Artículos N°22 y 23

“22. El derecho a la educación a) La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, en el contexto de una sociedad libre y democrática. b) Las familias, a través de los padres o en su caso de los tutores legales, tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos o pupilos, de elegir el tipo de educación y su establecimiento de enseñanza, así como a determinar preferentemente su interés superior. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

23. La libertad de enseñanza. a) La libertad de enseñanza comprende el derecho de las personas de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, así como de crear y desarrollar proyectos e idearios educativos, sin otras limitaciones que las impuestas por la moral, el orden público y la seguridad del país”.

El artículo 22 letra b), no respeta en su contenido el enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia. En este sentido, se debe seguir lo planteado en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se reconoce el respeto que deberán tener los Estados de las responsabilidades, los derechos y deberes de los cuidadores, respecto a la dirección y orientación a los niños, niñas y adolescentes, en “consonancia con la evolución de sus facultades”, para el ejercicio de sus derechos reconocidos. Además, se realiza una interpretación errónea del interés superior del niño determinado por las y los cuidadores, siendo que este principio garantiza que las decisiones que se tomen en relación con niños, niñas y adolescentes deben considerar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención; no debiendo primar lo que a juicio de particulares o sus familias, podría ser el interés superior frente a los derechos establecidos. Por lo tanto, se recomienda realizar los cambios necesarios para incluir tanto la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, como una interpretación adecuada del interés superior del niño.

En la propuesta sobre libertad de enseñanza, no se observa un reconocimiento al fin de la educación tal y como lo establece la Convención en sus artículos 28 y 29, el que señala que la “**libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza**”, **deben ajustarse también al fin de la educación**, que es desarrollar al máximo las capacidades de niños, niñas y adolescentes. Se recomienda incorporar esta mención en el artículo en concreto, relevando más bien los derechos de niños, niñas y adolescentes frente a las limitaciones relativas a la moral, orden público y seguridad del país.

5. Sobre la participación de niños, niñas y adolescentes

El rechazo a las enmiendas que aseguraban un piso mínimo de participación de niños, niñas y adolescentes y a la participación de adolescentes mayores de 16 años en elecciones, corresponde a una acción que ignora que la participación es un derecho que ya está garantizado legalmente, tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño, como en la Ley de Garantías. En ese sentido, se asume que los niños, niñas y adolescentes son completamente ajenos de la realidad social en la que transitan día a día, o que no están afectos a lo que las y los adultos deciden en los asuntos públicos que les conciernen (como la salud, el medioambiente, la educación, entre otros), constituye una **omisión a la obligación que tiene el Estado de Chile de fomentar los espacios de participación** donde niños, niñas y adolescentes puedan efectivizar su derecho a ser escuchados/as.