

## Revisión de constitucionalidad de los artículos relativos al interés superior del niño

### 1. Introducción

El Consejo Constitucional ha votado en el pleno los artículos propuestos por las Comisiones respectivas. Según la Constitución y el reglamento del proceso, ahora la Comisión Experta podrá hacer entrega de un informe de observaciones que mejoren el texto, las que deberán ser votadas por el Consejo Constitucional. Asimismo, dispone que el Comité Técnico de Admisibilidad podrá resolver requerimientos contra las propuestas aprobadas por los diferentes organismos que contravengan las bases constitucionales, dispuestas en el artículo 154 de la Constitución Política vigente.

El objetivo de la presente minuta es analizar la constitucionalidad, de acuerdo con las bases constitucionales, los artículos relativos a niñez y adolescencia, específicamente en relación con el interés superior del niño (ISN).

### 2. Sobre los artículos aprobados por el Consejo Constitucional

Dentro de las bases constitucionales del artículo 154 de la Constitución vigente incorpora, en el numeral 9, el mandato de que la propuesta constitucional considere la protección y garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, dispone lo siguiente:

*“9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros”.*

El texto aprobado por el pleno del Consejo Constitucional, en base a la enmienda acogida, incorpora el principio en los siguientes artículos:

- *“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.”*
- *“Artículo 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”*

### 3. Desarrollo del principio interés superior del niño en la normativa internacional y nacional

El principio del interés superior del niño (en adelante ISN) ha tenido desarrollo a nivel internacional desde 1924<sup>1</sup> con su incipiente recepción en la Declaración de Ginebra sobre el Derecho de los Niños, consolidándose con la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya ratificación por el Estado de Chile fue en el año 1990<sup>2</sup>. Así también existen otros tratados internacionales de derechos humanos, que, si bien no lo mencionan explícitamente, reconocen el principio tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y diversos instrumentos jurídicos, tales como las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño<sup>3</sup>.

Asimismo, a nivel nacional, el ISN ha sido establecido en diversos cuerpos legales internos, en algunos casos se ha incorporado su definición y en otros, solo se hace la mención del principio, tales como:

- Ley N°19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (art.1) en 1998
- Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores (art.1) en 1999
- DFL N° 1 del Código Civil (los artículos 222 y 242 de la versión actual) de 2000
- Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia (art. 16 inciso 2) en 2004
- Ley N° 19.947 que establece la ley de matrimonio civil en el (artículo 85, inciso 2) en 2004
- Ley N° 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (art.2) en 2005
- Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (art.5 letra e) en 2018
- Ley N°21.067 que crea la Defensoría de la Niñez (art.5) de 2018
- Ley N°21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica las normas legales que indica (variados artículos) en 2020
- **Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (principalmente art.7 y variados artículos) de 2022<sup>4</sup>**
- Ley N°21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica (art.4), de 2022
- Ley N°21.235 Ley de Migración y Extranjería de 2022 (art.4)

En este sentido, como afirman los abogados Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet, **el principio ha “experimentado un proceso de transformación profunda, pasando de ser un principio inexistente e inimaginable, a convertirse, posteriormente, en un principio implícito en buen número de normas y resoluciones judiciales, para, finalmente, en el estadio actual, convertirse en una realidad contemplada expresamente en nuestro sistema normativo, basada en una concepción teleológica del Derecho.”**<sup>5</sup> En Chile, su reconocimiento en la normativa interna se establece, por primera vez, en la Ley N°19.585, conocida como Ley de Filiación de 1998<sup>6</sup>, para luego incorporarse en otros cuerpos normativos, tal y como puede verse en la ilustración.

El ISN contempla tres dimensiones, a saber, derecho sustantivo, principio jurídico, y norma procedimental. **Específicamente, a nivel internacional se ha concebido como un derecho sustantivo de los propios niños, niñas y adolescentes a que cuando se adopten decisiones que los involucren se respete dicho principio.**

<sup>1</sup> Cabe destacar que este principio “ha evolucionado, una vez adoptada por influencia de lo que venía ocurriendo en el Derecho de familia de determinados Estados, desde su embrionaria recepción en la Declaración de Ginebra (1924)<sup>14</sup>, pasando por su mención formal en la Declaración de los Derechos del Niño (1959), hasta llegar finalmente a su definitiva eclosión en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)<sup>15</sup>. Ravetllat B., Isaac y Pinochet O., R. (2005) El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 42 N°3 pp.903-934. Pág. 905.

<sup>2</sup> Y desarrollado extensamente en la Observación General N°14 Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). (CRC/C/GC/14) Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

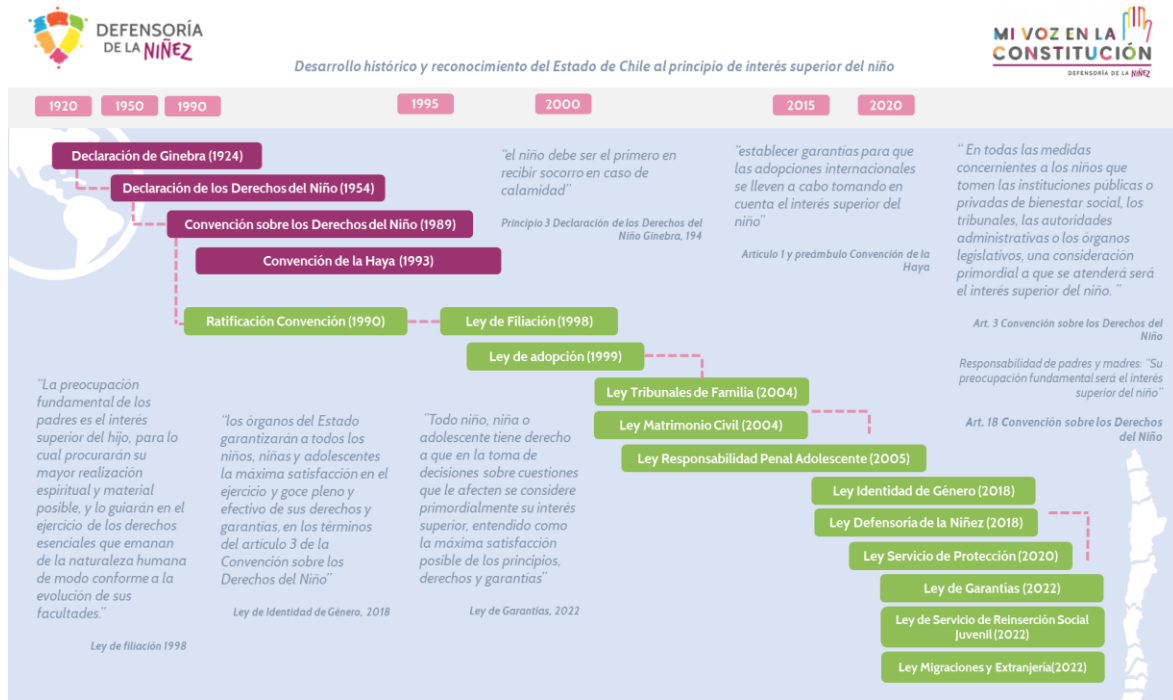
<sup>3</sup> Para revisar una lista de normativa interna e internacional que recoge el ISN. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/7896/file/guia%20interes%20superior.pdf>.

<sup>4</sup> Especialmente se destaca esta norma por ser la ley marco de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

<sup>5</sup> Ravetllat B., Isaac y Pinochet O., R. 2005. El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 42 N°3 pp.903-934. Pág. 905.

<sup>6</sup> Lathrop, F. (2005). Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de matrimonio civil y Tribunales de Familia (Santiago de Chile, Punto Lex S.A.) 160 pp. Pág.33

Ilustración: desarrollo histórico y reconocimiento del Estado de Chile al principio de interés superior del niño



Fuente: elaboración propia

Asimismo, es un principio jurídico fundamental, en que se asume que frente a diferentes opciones siempre debe elegirse el que más respete al máximo todos sus derechos. Y, en este marco, es una norma de procedimiento ya que para que se cumpla se deben dar ciertas garantías procesales que permitan estimar todas las posibles repercusiones de una decisión, e intereses de las partes, de forma adecuada, siempre considerando los demás principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño tales como el de participación, no discriminación y supervivencia y desarrollo.<sup>7</sup> Es en este marco, la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño, cuyo objetivo es que los Estados parte den efecto al principio y lo respeten, profundiza en sus distintas dimensiones.<sup>8</sup>

1. Es una consideración primordial que debe observarse a la hora de adoptar decisiones u acciones concernientes a los niños, niñas y adolescentes, ya sea de forma individual, grupal o en general. Estas decisiones pueden ser sobre materias que los involucren directamente o con efectos indirectos que les repercutan.
2. Es un principio que debe ser aplicado por **instituciones** ya sean públicas o privadas, lo que debe entenderse de forma amplia a nivel filantrópico, social y civil, así como tribunales, autoridades administrativas y organismos legislativos.
3. Es un principio que debe ser asumido como una preocupación fundamental de las familias, más ellas no tienen la prioridad en su determinación. El principio se adopta de una forma procedimental que reconoce su importante labor, donde se releva el derecho a vivir en familia y en este marco, tienen que ser valorarse de forma importante su rol e intereses a la hora de adoptar decisiones.

A nivel nacional, la normativa anteriormente mencionada (ver ilustración), han incorporado estos elementos y dimensiones en su definición o se ha consignado como principio de actuación en el marco de servicios públicos, procedimientos administrativos y legales. Así también, es importante considerar que más del 75% de los

<sup>7</sup> Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación General N°14 (2013) Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). (CRC/C/GC/14) Pág. 2. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

<sup>8</sup> Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación General N°14 (2013) Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). (CRC/C/GC/14) Pág. 2. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

programas sociales relativos a niñez y adolescencia incorporan el principio como modelo orientador o estándar<sup>9</sup>, constituyendo así un principio fundamental que ha sido aplicado para la determinación de múltiples medidas a nivel administrativo, judicial y político.

### 3. ¿La propuesta constitucional respeta las bases constitucionales en torno al principio del ISN?

Existen fuertes razones para decir que no. En virtud de lo anterior, es plausible considerar que el legislador a la hora de incorporar el principio como base constitucional en el numeral 9 del artículo 154 de la Constitución Política vigente, sin incluir una definición expresa en el texto, asume la concepción vigente de dicho principio, establecida tanto en marcos legales internacionales como nacionales, así como también el desarrollo doctrinal tanto a nivel nacional como internacional.

En este marco, los artículos de la propuesta constitucional que establece que el principio de ISN deberá ser determinado preferente o prioritariamente por los padres o cuidadores legales, contradice la definición del mismo y los criterios que se deben observar y ponderar para su determinación, según se ha expuesto previamente. Debido a lo anterior, se considera que constituye una vulneración a la base constitucional, así como un brutal retroceso de los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuyo fundamento jurídico no es claro. Así, bien puede afirmarse que el artículo 14 de la propuesta infringe la base constitucional establecida en el numeral 9 del artículo 154 de la Constitución vigente. En este sentido, subordina el notable desarrollo doctrinario que ha cimentado la actual comprensión del niño, niña y adolescente como un sujeto de derechos a la opinión de un sector, carente de argumentos jurídicos claros que lo sustente.

### 4. Posibles consecuencias

Establecer la prioridad o preferencia en la determinación del ISN a las familias genera un criterio que implica que -procedimentalmente - los intereses y opiniones de los padres, madres o tutores legales sean considerados en orden de prelación, subordinando otros criterios e intereses que se deben ponderar para definir la medida que más favorece al niño, niña o adolescente en el caso concreto, considerando su desarrollo integral y ejercicio de sus derechos.

Privilegiar a las familias en la determinación del ISN, es contrario a una visión holística e integral que se debe adoptar para lograr este objetivo, lo que implica considerar los diversos efectos y principios tales como el considerar su opinión (principio de participación), el resguardar su desarrollo (principio de supervivencia y desarrollo) y el prevenir alguna medida discriminatoria (principio de no discriminación).

En este sentido, se puede estar fomentando la adopción de medidas que redunden en una mayor vulneración de derechos, al preferir a la familia, y no valorarse todos los factores de forma integral en la determinación del ISN. Incluso y en el peor de los escenarios, en el caso concreto se podrían adoptar medidas que coloquen al niño, niña y/o adolescentes en una situación de mayor riesgo, así como impedir su acceso a instancias de reparación. En relación a la anterior, cabe recordar que el 65,9% de los niños y niñas entre 0 a 12 años ha sido víctima de algún tipo de maltrato violento, psicológico y/o físico, como método de disciplina por parte de sus cuidadores<sup>10</sup> y que el 41% de los casos de abuso sexual infantil provienen de conocidos que son familiares, por lo que establecer una norma constitucional que priorice, de manera general y sin excepción, en la determinación del ISN, a la familia podría ser vulneratorio de sus derechos en la práctica.

Lo anterior es complementario con la protección del derecho a vivir en familia, el que precisamente debe tomarse como una esfera fundamental a proteger y el que implica la adopción de medidas para su fortalecimiento y acompañamiento en su rol clave en la crianza y orientación de niños, niñas y adolescentes, y priorizar que ellos y ellas no sean separados de éstas, a menos de que existan razones fundadas, relativas a su protección y supervivencia, que lo hagan indispensable y por el menor tiempo posible.

<sup>9</sup> Defensoría de la Niñez (2019) Identificación de instituciones, programas, evaluaciones e indicadores de la niñez. Pág. 58. Disponible en: [https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/Estudio\\_identificacion\\_instituciones\\_2019-VF.pdf](https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/Estudio_identificacion_instituciones_2019-VF.pdf)

<sup>10</sup> Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2017. Encuesta Longitudinal de Primera Infancia (ELPI) 2017. Disponible en: <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/elpi-primera-ronda>

Sin embargo, si el ISN se concibe de manera equivocada, privilegiando en su determinación a las familias, padres o cuidadores, se retrocede en el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos y se los podría dejar en una situación de grave desprotección que podría redundar en graves violaciones a sus derechos humanos.

## 5. Recomendaciones

- Se recomienda suprimir en los artículos mencionados que la prioridad o preferencia en la determinación del interés superior corresponde a la familia, padres o tutores, en línea con la definición técnica y especializada que se establece en el derecho internacional de derechos humanos como en la normativa nacional.
- Se recomienda considerar una conceptualización de niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos, y no referirse a ellas y ellos en su calidad de “hijo” o “pupilo”, reconociéndolos solo en ciertos y acotados roles sociales y no en su condición de titular de derechos.