

Contenidos de relevancia constitucional para un pleno reconocimiento de niños, niñas y adolescentes en la nueva Constitución

I. Introducción

UNICEF es un organismo de las Naciones Unidas con mandato específico de promover los derechos de niños, niñas y adolescentes contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde su instalación en Chile, ha apoyado el trabajo de los diferentes gobiernos e instituciones del Estado estatales en el diseño de leyes y políticas públicas, de manera que estén alineados con los estándares internacionales de derechos humanos, y en armonía con la Convención, ratificada por el país hace más de 30 años.

A partir del mandato que otorga este tratado internacional, resulta especialmente relevante los elementos que se definan en la Comisión de Derechos Fundamentales de la Convención Constitucional, de manera que se garantice el pleno reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en la propuesta de nueva Constitución. El reconocimiento de derechos fundamentales resulta crucial para niños, niñas y adolescentes, ya que, por una parte, los derechos constituyen un límite para el Estado que debe respetar, y por otra, son una inspiración que el mismo Estado debe garantizar, entre otras, a través de la misma Constitución.

En este contexto, el proceso constituyente es una oportunidad para comenzar un nuevo trato con la infancia, que reconozca a niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos, superando la visión tutelar de protección y la exclusión de los procesos de toma de decisiones que históricamente ha enfrentado este grupo de la población.

Para efectos del trabajo de esta Comisión, la Convención sobre los Derechos del Niño aporta elementos de máxima relevancia ya que parte de su contenido es un extenso catálogo de derechos, los que además resultan vinculantes para el Estado. Con todo, en esta presentación se centra en algunos de estos derechos que resultan para UNICEF de especial relevancia, sin importar esto una jerarquía respecto de los otros derechos.

II. El derecho al interés superior de niños y niñas

En lo que respecta al **interés superior**, este establece que toda institución, pública o privada, al momento de adoptar decisiones que impacten los derechos de niños, niñas y adolescentes, debe tener como consideración primordial el resguardo de su interés superior.

Para el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N°14, el interés superior tiene una triple identidad: como derecho sustantivo; como norma de procedimiento; y como principio jurídico. En cuanto a derecho, que es lo relevante para esta Comisión, el interés superior implica que este “sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos

intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión”.

¿Qué implica el interés superior?

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14

Principio jurídico	Norma de procedimiento	Derecho sustantivo
Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior	El proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones en niños, niñas y adolescentes	Que el interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses

En tal sentido, es importante recalcar que, si bien el interés superior puede coincidir con el interés que el niño o niña manifieste, estos no necesariamente significan lo mismo. Aspectos como la edad y madurez del niño, niña o adolescente resultan fundamentales en la determinación de ese interés.

Al realizar una revisión comparada de textos constitucionales, se constata el reconocimiento de este principio en algunos de estos textos.

La Constitución de Noruega, en su artículo 104, inciso segundo, señala expresamente que “el interés superior del niño debe ser una preocupación fundamental en las acciones y decisiones relativas a un niño”.

La Constitución de Ecuador, en su artículo 44 plantea como obligación del Estado, la sociedad y la familia atender “al principio de interés superior del niño”.

III. Derecho a ser oído

Un segundo derecho es el **derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y oídas**. Dada la histórica exclusión de este grupo, la consagración constitucional del derecho a ser oído cobra especial relevancia, ya que implica un mandato para actores públicos y privados para que niños, niñas y adolescentes sean escuchados en las decisiones que les afectan.

Incluir a los niños, niñas y adolescentes no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos en torno a la elaboración de políticas, programas y medidas que los involucren.

Distintas constituciones han reconocido el derecho a ser oído. La Constitución de Finlandia, en su artículo 6, que establece que a niños, niñas y adolescentes “debe permitírseles, de acuerdo con su madurez, influir en los asuntos que les afectan”. Como se observa, en este caso se pone el énfasis en la consecuencia de ese proceso de escucha, al señalar que deben influir en los asuntos que les afectan. Dentro de la región, la Constitución de Ecuador (en su artículo 45) señala entre los derechos de niños, niñas y adolescentes el de “la participación social” y “a ser consultados en los asuntos que les afecten”.

IV. Vivir una vida libre de violencia

Un tercer derecho a garantizar a niños, niñas y adolescentes es a **vivir una vida libre de violencia**. Según el reciente estudio publicado por UNICEF sobre “Violencia contra la niñez y la adolescencia en Chile” (desarrollado por el Centro de Estudios de Justicia y Sociedad y la Dirección de Estudios Sociales, ambas de la Pontificia Universidad Católica de Chile), evidenció que del total de los cuidadores y las cuidadoras de niños, niñas y adolescentes encuestados para este estudio, un 27% validaba ignorar a niños como una estrategia disciplinaria efectiva; mientras que un 24% opinaba lo mismo en relación a levantarles la voz. Esta realidad se ha visto profundizada en el contexto de la pandemia que estamos viviendo y, desde un enfoque de género, esta afecta principalmente a niñas y adolescentes mujeres.

De ahí la relevancia de establecer en la nueva Constitución la prohibición de todas las formas de violencia hacia niños, niñas y adolescentes, y la correspondiente obligación del Estado de promover, prevenir, garantizar y proteger este derecho sin discriminación de ningún tipo. En virtud de este importante rol es que la nueva Constitución debe enfatizar el apoyo del Estado a las familias y a toda institución que tenga a cargo el cuidado personal para atender las causas de fondo que generan los escenarios de violencia hacia este grupo de la sociedad.

Asimismo, esta prohibición debe contemplar todos los entornos de convivencia de niños, niñas y adolescentes: familias, instituciones de cuidado, instituciones educativas y comunidades, como también espacios públicos en el contexto del ejercicio colectivo de derechos, como es el derecho a la reunión o a la manifestación.

La Constitución de Polonia, en su artículo 72 regula que “la República de Polonia garantiza la protección de los derechos del niño. Todas las personas tienen el derecho a exigir de los órganos del Estado que defiendan a los niños contra la violencia, la crueldad, la explotación y las acciones que minen su integridad moral”. Por su parte, el artículo 54 de la Constitución de Paraguay, plantea la obligación del Estado, la familia y la sociedad de “garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación”.

V. Derechos sociales

Un conjunto relevante de derechos a garantizar en la nueva Constitución son los **derechos sociales**. Desde el derecho internacional de los derechos humanos es importante recalcar la progresividad que caracteriza el cumplimiento de estos derechos en la medida de los recursos que se disponga, lo que en caso alguno debe ser interpretado por los Estados como una excusa para su plena garantía, considerando además la prohibición de regresividad que pesa sobre estos derechos. Asimismo, es importante que el reconocimiento constitucional de estos derechos atienda a sus diversas dimensiones, como son la accesibilidad, disponibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad, las que están desarrolladas en la serie de documentos ya mencionados¹.

¹ La serie de documentos de trabajo están disponibles en <https://www.unicef.org/chile/infancia-y-ciudadania>.

Dentro del conjunto de derechos sociales cabe detenerse especialmente en dos: educación y salud.

El **derecho a la educación**, cuyo fin acorde a la CDN es, entre otros, desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades, es uno de los derechos sociales de mayor relevancia en niños, niñas y adolescentes. Chile presenta dos desafíos de cara a la plena garantía de este derecho en el sistema educativo: 1) avanzar en la calidad y la equidad de los aprendizajes, garantizando que todas y todos los estudiantes adquieran las competencias para participar en una sociedad libre, y 2) lograr un sistema educativo plenamente inclusivo, incluyendo el acceso universal y la inclusión de grupos desaventajados.

La elaboración de una nueva Constitución para Chile abre una oportunidad de avanzar en el derecho a la educación. En tal sentido, para un soporte normativo robusto que garantice una educación de calidad, se requiere resguardar a la educación como un derecho humano intrínseco al cual se debe acceder en condiciones de igualdad de oportunidades. Por lo mismo, el Estado debe garantizar el derecho a la educación, estableciendo un marco regulatorio desde un enfoque que comprenda a este derecho como *llave* para el ejercicio de otros derechos, y fiscalizando debidamente su cumplimiento. Las instituciones de enseñanza privadas podrán contribuir con el Estado a garantizar el derecho a la educación, enmarcándose en el respeto de los objetivos de la educación y ajustándose a las normas mínimas del Estado. Adicionalmente, se debe integrar mecanismos de exigibilidad, que faciliten a niños, niñas y adolescentes exigir el derecho a la educación por canales tanto administrativos como judiciales.

Al igual que la educación, el **derecho a la salud** cumple un rol fundamental en el curso de vida de niños, niñas y adolescentes. Si bien Chile cuenta con un sistema de salud con cobertura universal, éste se caracteriza por ser un sistema dual, carente del principio de solidaridad, que asegura la atención de salud con distintos estándares de calidad y oportunidad según el seguro o fondo al que pertenezca, salvo contadas excepciones (patologías GES). Por otro lado, el contexto en el que las personas nacen, crecen y viven determina su nivel de salud y de ahí la relevancia de atender constitucionalmente los determinantes sociales de la salud, que considere las condiciones necesarias para que todo niño, niña y adolescente pueda alcanzar su máximo potencial deseado y garantizar las medidas que pone a disposición el Estado para prevenir, proteger, promover la salud y el desarrollo deben estar en el marco de la discusión constitucional.

La CDN hace mención específica al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, de manera tal que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. Para el Comité de los Derechos del Niño este derecho constituye un “derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud. El enfoque integral en materia de salud sitúa la realización

del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

Así, una nueva constitución es una oportunidad para garantizar el derecho a la salud desde un enfoque de la niñez y la adolescencia, que integre un concepto amplio de salud sensible a factores sociales, políticos, económicos, ambientales y culturales; que sitúe en el Estado el deber de respetar, proteger y garantizar este derecho siempre en resguardo del interés superior y que integre mecanismos amplios de exigibilidad que van desde políticas públicas universales hasta instancias administrativas y judiciales.

VI. Derecho a la nacionalidad

Por último, otra materia de interés para UNICEF dice relación con el derecho a la nacionalidad de niños, niñas y adolescentes y la prevención y erradicación de la apatridia. Como saben, la nacionalidad es un vínculo jurídico que existe entre una persona y un Estado determinado. Este vínculo es de la mayor relevancia en tanto establece derechos y obligaciones recíprocas, que otorgan protección a las personas en diversos ámbitos. La ausencia de este vínculo genera apatridia, es decir, no son consideradas como nacionales suyos por ningún Estado conforme a su legislación. Frecuentemente, las personas en esta situación ven limitado el acceso a la inscripción de nacimiento y a la documentación de identidad, por lo mismo, a la salud, el empleo legal, la propiedad, la participación política, a la libertad de circulación, entre otros derechos. Por este motivo, el derecho a la nacionalidad, su protección y conservación han sido incorporadas en un importante número de instrumentos y tratados sobre derecho humanos de los cuales Chile es Parte.

En Chile, a propósito de la regulación constitucional actual que establece como excepción al principio de *ius solis* a los “hijos de extranjeros transeúntes” permitió interpretaciones administrativas amplias de esta categoría, incluyendo a aquellas personas que se encontraban en situación migratoria irregular en el territorio nacional. Con ello, se expone a miles de niños y niñas nacidas en Chile al riesgo de la apatridia, denegándose su derecho a la nacionalidad al nacimiento.

Para un mayor análisis sobre este último aspecto, pueden revisar el documento de trabajo que desarrollamos junto a ACNUR y que durante este mes les hicimos llegar a todos y todas las convencionales.

VII. La institucionalidad como garantía de los derechos

El reconocimiento constitucional de todos estos derechos queda vacío de contenido si no está acompañado del otorgamiento de responsabilidades institucionales claras que permitan dotar de exigibilidad a los derechos respecto de los cuales el Estado debe ser garante. Si existe un mandato claro hacia el Estado de respetar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, entonces la sociedad en su conjunto podrá exigir transparencia y rendición de cuentas respecto de cómo se ha cautelado el respeto y la garantía de sus derechos.

El **Estado**, como sujeto internacionalmente obligado, debe respetar y garantizar estos derechos a niños, niñas y adolescentes. Al **respetar**, el Estado no puede entrometerse indebidamente en el legítimo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En cuanto a la obligación de

garantizar, esta significa un deber proactivo del Estado de organizar la arquitectura pública para que establezca las condiciones necesarias para que todos los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos, especialmente respecto de quienes enfrentan situaciones de especial vulnerabilidad.

En cuanto a las **familias**, la CDN en su preámbulo señala que esta “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”. Además, en tanto espacio primario de cuidado de los niños, niñas y adolescentes, la familia “debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

En este ámbito, es importante evitar caer en el antagonismo familia vs. niños, entendiendo que niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos, y el ejercicio de estos derechos se va dando de manera progresiva, acorde a su edad, madurez y desarrollo. Por lo mismo, es fundamental que las familias acompañen ese proceso, constituyendo espacios de resguardo de sus derechos. Asimismo, el Estado debe entregar las condiciones y poner a disposición las herramientas necesarias para cumplir esa función.

Finalmente, es crucial entender que, desde la perspectiva de los derechos humanos, el concepto de familia debe ser entendido desde un sentido abierto, no quedando sujeta a estructuras fijas en su composición.

En cuanto a la **sociedad**, niños, niñas y adolescentes forman parte de la vida en comunidad, participando de diversas instancias y grupos intermedios. Por lo mismo, la sociedad en su conjunto tiene un rol de garante en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, debiendo cumplir un rol activo en el cuidado, protección y promoción de los derechos en espacios familiares, comunitarios, educativos, de salud, entre otros.

El artículo 44 de la

La Constitución de Colombia señala en su artículo 44 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”; mientras que la Constitución de Brasil, en su artículo 227, señala expresamente que “la familia, la sociedad y el gobierno tienen el deber de garantizar a los niños, adolescentes y jóvenes, con absoluta prioridad, los derechos a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, libertad y armonía familiar y comunitaria, además de salvaguardarlos contra toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.

Fin del documento.