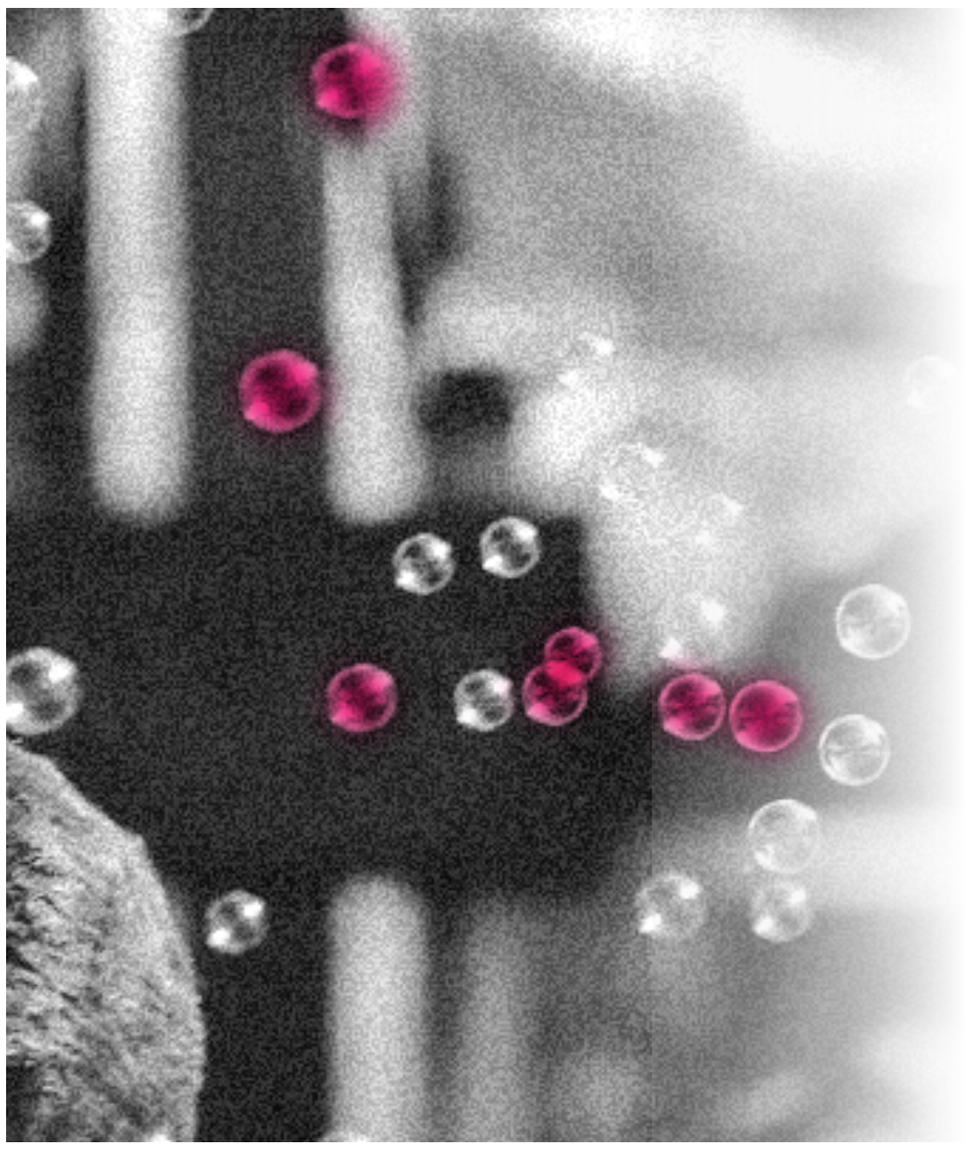
COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

COMISIÓN DE DIVERSIDAD E INCLUSIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS



Informe sobre diversidad e inclusión y nueva constitución

DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

por Nicolás Espejo

Chile está desarrollando el proceso político y jurídico más importante de los últimos años a través de la discusión de la nueva constitución.

Como Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados queremos colaborar con este proceso mediante el desarrollo de insumos que promuevan el debate.

Se le pidió a algunos integrantes preparar un documento de estudio sobre algunas áreas temáticas relevantes desde la perspectiva de la diversidad e inclusión y que deberían ser discutidos en el nuevo texto constitucional.

Cada documento representa la opinión del autor, sin constituir la opinión de la Comisión de Diversidad e Inclusión o del Colegio de Abogados.

Este texto forma parte de estos documentos para el debate.

Este capítulo fue preparado por Nicolás Espejo Yaksic. Investigador del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Presidente de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar (RIDCF) y Profesor Visitante de las universidades de Leiden y Oxford; Miembro Correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge y; Asesor de la ONU en derechos de la niñez, e integrante de la Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados. El autor de este texto agradece el apoyo de Sofía Chateau Costa, Sofía Majlis Signorio y Matilde Rapaport Bosch, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

I. Introducción

El reconocimiento jurídico formal de la niñez en las constituciones políticas no es un asunto trivial. Tampoco lo es la forma concreta que dicho reconocimiento toma en el marco del sistema de principios, derechos y garantías que el constituyente desea afirmar y proteger. Después de todo, si la Constitución Política es el documento fundante del marco de legitimidad final del Estado, de las instituciones que lo conforman, y por su intermedio se reconocen las potestades, inmunidades y poderes que asisten a los habitantes de la República, entonces las niños, niños y adolescentes no pueden quedar excluidos formalmente de ella[2].

A pesar de la enorme relevancia de esta específica forma de reconocimiento y protección constitucional, la Constitución Política de Chile omite toda referencia expresa y explícita a la niñez y sus derechos constitucionales. Como se verá más adelante, ello no significa que tales derechos hayan sido totalmente desconocidos en la práctica constitucional, sea por vía de las decisiones del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de los demás tribunales de justicia. Esta omisión constitucional tampoco ha impedido que el Legislador, por medio de una serie de normas específicas, haya dado reconocimiento a la niñez y sus derechos. Sin embargo, y a pesar de tales prácticas constitucionales y desarrollos legislativos, la protección constitucional de los derechos de la niñez se ha visto limitada de forma importante, dada la ausencia de un reconocimiento formal en el texto constitucional. Esto debe ser resuelto.

Esta propuesta busca identificar tales limitaciones y sugerir avenidas para el reconocimiento y protección de los derechos constitucionales de la niñez, de un modo coherente con los compromisos internacionales de Chile en materia de derechos humanos. En particular, se sugieren dos cuestiones fundamentales. Primero, que será necesario prestar atención a distintas formas de protección constitucional indirecta de los derechos de la niñez. Esto es, cláusulas constitucionales que, aun cuando no se redacten exclusiva y directamente para la protección de los derechos de la niñez, tendrán efectos importantes en su interpretación (por ejemplo: derecho a educación, derecho a la salud, derecho a la identidad, derecho a la igualdad y la no-discriminación, derecho a la vida familiar y/o derechos parentales). Segundo, se indica la necesidad de avanzar en formas de protección constitucional directa de los derechos de la niñez y su prioridad. Tal protección directa, a su vez, debiera reconocer tres tipos o categorías de derechos o intereses constitucionales de la niñez: a) derechos orientados a garantizar, de forma prioritaria, la vida y el pleno desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, b) derechos reconocidos para asegurar la protección efectiva de la niñez frente a diversas formas de violencia y discriminación y, c) derechos que permitan garantizar los intereses de autonomía y participación de niñas, niñas y adolescentes, de conformidad con su edad y madurez.

[2] Espejo, Nicolás. 2017. "El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República", en Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Santiago: UNICEF), pp. 11-43.

II. El déficit constitucional chileno

La Constitución Política (en adelante "la Constitución") reconoce una serie de derechos y garantías a todas las personas. A su vez, dispone que la soberanía tiene como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Todas y todos, incluidas las niñas, niños y adolescentes, se encuentran protegidos por la Constitución[3].

En particular, ha sido por vía de una aplicación material de los tratados de derechos humanos en su interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales[4], que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han incorporado la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (en adelante, "la Convención) al orden constitucional. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en relación con los derechos de la niñez en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes[5], respecto a las normas nacionales sobre fertilidad[6], la guarda de menores[7] y, más recientemente, sobre el derecho a una educación laica y no sexista y la autonomía progresiva de las niñas y los niños[8]. Tratándose de la Corte Suprema de Chile, esta ha hecho un extensivo uso de la Convención y, en especial, del principio del interés superior de la niñez, al momento de interpretar las normas constitucionales vigentes[9].

A pesar de este progresivo reconocimiento jurisprudencial, resulta sorprendente el silencio del texto constitucional en esta materia. Sea respecto al reconocimiento y protección explícitos de la niñez, sus derechos constitucionales o la satisfacción primordial de sus intereses superiores. Se trata de un vacío inexcusable y que, a pesar de parecer inofensivo (después de todo, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, han afirmado el carácter constitucional de tales

[3] A diferencia de las normas específicas en materia de capacidad jurídica en el ámbito patrimonial, el ejercicio de derechos constitucionales no se encuentra sujeto a las reglas sobre capacidad contractual. Cfr., Domingo Lovera (2017), "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Santiago: UNICEF), pp. 151-184; Barcia, Rodrigo (2014). "La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez", en *Revista Ius et Praxis (Año 19, N°2),* pp. 3-52.

[4] Juan Pablo Beca, "De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional", en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Septiembre-Diciembre 2014, VOL. 5, No 3*, pp. 23-38 y; Miriam Lorena Henríquez, "Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos", en *Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008*, pp. 73-119.

[5] Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº 786-2007 de 13 de junio de 2007.

[6] Rol Nº 740 de 18 de abril de 2008.

[7] Rol Nº 2867-15, de 12 de abril de 2016.

[8] Rol Nº 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021.

[9] Para una sistematización de la principal jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, cfr., en Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*, enero de 2019, Santiago de Chile. Disponible: http://decs.pjud.cl/articulo-el-interes-superior-del-nino-nina-y-adolescente-y-su-aplicacion-en-la-jurisprudencia-de-las-segunda-y-cuarta-sala-de-la-corte-suprema/

derechos) genera graves problemas para la vigencia y ejercicio de los derechos de la niñez. Tres argumentos se pueden formular al respecto.

1. Constitucionalización formal de los derechos de la niñez

En primer lugar, la implementación efectiva de la Convención (más allá de su promulgación como ley de la República) requiere que sus disposiciones puedan ser invocadas directamente por las niñas, los niños y sus representantes ante los tribunales y de una manera que otorgue a tales derechos una clara *supremacía constitucional* sobre leyes y políticas que puedan entrar en conflicto con ellos[10]. El reconocimiento formal de los derechos de la niñez en la Constitución, y su protección *prioritaria*[11], asegura y refuerza la protección de tales derechos.

Si bien la constitucionalización de los derechos de la niñez no garantiza el respeto de tales derechos, se trata de un paso importante hacia la plena aplicación de los mismos[12]. Cuando las disposiciones centradas en los derechos de la niñez están arraigadas en las constituciones se hace más difícil su erosión, asegurando que tengan prioridad sobre todas las demás leyes nacionales con las que puedan entrar en conflicto. A su vez, tales normas constitucionales operan como un "trampolín" desde el cual proyectar los marcos legales y políticos y pueden ayudar a promover conciencia y dar legitimidad a tales derechos[13]. Ello resulta importante, dado que el reconocimiento constitucional de los derechos de la niñez no solo permite al Estado, los progenitores y la sociedad en su conjunto tener claridad respecto al catálogo de derechos orientados al cuidado y protección de niñas, niños y adolescentes. Una buena razón adicional a la claridad social respecto a los derechos de la niñez apunta a avanzar hacia la inclusión de niñas, niños y adolescentes en tanto agentes políticos y constitucionales significativos[14].

---

[10] Liefaard, T. and Doek, J. (eds.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence* (Springer, 2015), p. vii.

[11] "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial* a que se atenderá será el interés superior del niño." Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Art. 3º (1) (énfasis añadido).

[12] Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Ireland CRC/C/15/Add. 85 February 4, 1998, par. 21.

[13] Julia Sloth-Nielsen & Michelle Oliel, *Constitutionalising Children's Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe*, Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk e.V. – issue 7, 2019, p. 6.

[14] Cfr., Domingo Lovera, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes Agencia presente y futura*, Plataforma Contexto, abril 2021, Santiago de Chile; Jaime Bassa, *Reconocimiento constitucional de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados. Martes 15 de mayo de 2018.

2. Coherencia de la interpretación constitucional

En segundo lugar, una redacción inequívoca sobre el peso primordial o prioritario que juegan los derechos de la niñez sobre otras consideraciones y derechos resulta útil para reducir[15] las inconsistencias y desaciertos de la interpretación constitucional. Un ejemplo reciente, del Tribunal Constitucional, grafica esta cuestión.

En su reciente decisión respecto de algunos aspectos de la norma del Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia y que reconoce la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, el Tribunal señaló que:

> *"[…] La norma impugnada entiende la autonomía progresiva como una forma de limitación del derecho de los padres de educar a sus hijos, a través del retiro de su participación en el desarrollo de la madurez del niño, niña y adolescente en la medida que ellos mismos lo califican de esta manera y, por tanto, "requieren" menor intervención materna, paterna o de sus cuidadores. La utilización del verbo "requerir" denota una concepción adversarial de la relación educativa. La norma impugnada no busca conciliar el principio de autonomía progresiva con el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos reconocido en el artículo 19, N 10o de la Constitución. Por el contrario, lo infringe, y así lo declarará este Tribunal."*[16]

En otras palabras, para el Tribunal Constitucional, los derechos de los progenitores operan como límite material efectivo sobre los intereses progresivos por autonomía de hijas e hijos bajo su cuidado. A su vez, cualquier ejercicio, en términos de exigibilidad o ejecutabilidad de los intereses por autonomía ("requerir") por parte de las propias niñas, niños o adolescentes, se encuentra proscrita de la relación parento-filial. Ello, dado su supuesto carácter adversarial de la exigencia de derechos en el ámbito familiar. Lo anterior se reafirma con una, aun más compleja interpretación sobre los derechos de la niñez y el derecho preferente de los progenitores a educar a sus hijos. El tribunal afirmó que:

> *"Este derecho preferente a educar a sus hijos y conducirlos progresivamente en su camino hacia la adultez se ve relativizado al punto de afectar su esencia (artículo 19, Nº 26º). Se constata en el Proyecto una juridificación de las relaciones de una madre y/o padre con sus hijos. Hay un cambio de orientación. La educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles. Nadie discute que, a veces, lamentablemente, debe recurrirse a la justicia para velar por la protección de los niños. Sin embargo, bajo la justificación de estar velando por el interés superior del niño se avanza (con sutileza sólo en apariencia) hacia la sustitución del rol tutelar de los padres por el del Estado a través del otorgamiento de derechos a hijos*

[15] Toda vez que evitar o hacer desaparecer tales inconsistencias y desaciertos resulta, desde una perspectiva hermenéutica, imposible.

[16] Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de 26 de julio de 2021, Considerando 18º.

menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su madre o padre. […]"[17]

Para el Tribunal Constitucional, allí donde hay derechos constitucionales de la niñez, y ellos se exigen, nos encontramos frente a un hecho lamentable y que abre la puerta a socavar la familia. Así, se reconocen formalmente derechos de la niñez, pero su ejercicio queda supeditado, limitado, circunscrito al ejercicio de otros derechos. En este caso, los derechos parentales. Ello no solo parece incoherente con la propia jurisprudencia anterior del Tribunal[18], sino que torna a los derechos constitucionales de la niñez en abiertamente fútiles. Si los derechos de la niñez han de ser tomados en serio, ello implica, necesariamente, que deben ser capaces de afirmarse en su propio mérito y no ser, en cambio, supeditados al ejercicio de derechos o intereses de otras personas, incluidos los progenitores[19].

3. Consolidación del reconocimiento positivo de los derechos de la niñez y su prioridad, en el sistema jurídico nacional.

En tercer lugar, la omisión del constituyente parece aún más incomprensible si se considera la forma en que el Legislador, por vía de la promulgación de una serie de leyes, ha ido reconociendo el principio del interés superior de la niñez y una serie de derechos y garantías (de rango legal o infra constitucional) a la niñez. Así, por ejemplo, y junto a otras disposiciones específicas[20], el Código Civil dispone que:

"La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades"[21]

El mismo Código obliga al juez a tener como consideración primordial el interés superior del niño para adoptar sus resoluciones:

[17] Ibid., Considerando 7º.
[18] Anteriormente, y a propósito del derecho de las niñas, niños y adolescentes a acceder, bajo condiciones de confidencialidad, a consejerías médicas sobre anticoncepción de emergencia, el Tribunal había sostenido que el derecho de los padres a educar a sus hijos no puede "vulner[ar] el ejercicio legítimo de los derechos de los adolescentes, que también debe ser respetado." Cfr., Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº 740 de 18 de abril de 2008, Considerando 16º.
[19] O'Mahony, Conor. 2020. "The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights", en James G. Dwyer (ed)., Oxford Handbook of Children and the Law (Oxford: Oxford University Press), pp. 872-3.
[20] "(…) cuando las circunstancias lo requieran y el *interés superior del hijo* lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido" Artículo 225 Inc 4º. Código Civil.
[21] Ibid., Artículo 222.

> *"En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez"*[22]

En un sentido similar, la Ley N°19.947, que Establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004) dispone que:

> *"Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil"*[23]

A su vez, la esta ley también mandata que, en la tramitación de la separación judicial, de la nulidad del matrimonio y del divorcio, el juez considere las siguientes garantías procesales para la niñez:

> *"Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oirá a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes"*[24]

Ley N°19.620: Dicta Normas Sobre Adopción de Menores (1999) sostiene que la adopción tiene como objeto principal:

> *"[…] velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familiar de origen"*[25]

La Ley N°19.968 (Crea los Tribunales de Familia La Ley N°19.968) de 2004, regula una serie de principios generales del procedimiento, estableciendo que

> *"Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento"*[26]

---

[22] Ibid., Artículo 242 Inc 2º.
[23] La ley N°19.947 establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil, promulgada el 17 de mayo del año 2004, Artículo 3.
[24] Ibid., Artículo 85.
[25] Ley N°19.620. Dicta normas sobre adopción de menores. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 05 de agosto de 1999. Artículo 1.
[26] Ley N°19.968. Crea los tribunales de familia, Artículo 16.

El reconocimiento de los intereses superiores de la niñez (sus derechos) excede el campo estrictamente civil/privado/familiar y también se encuentra presenta en otras normas del sistema jurídico nacional. Así, por ejemplo, la Ley N°20.084 (Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal) dispone:

> *"En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos"*[27]

Más recientemente, la Ley Nº 21.302 (Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y reemplaza a SENAME) identifica como el principio rector esencial del Servicio, el siguiente:

> *"Es principio rector esencial del Servicio, sea que ejerza su función directamente o por medio de terceros, la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y de especial protección. Todo niño, niña o adolescente, personalmente, es titular de todos los derechos que se reconocen a cualquier ser humano y, adicionalmente, de los derechos especiales o reforzados que les corresponda de acuerdo a su especial etapa de desarrollo, reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en la ley que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia y demás normas en materia de infancia y adolescencia*[28].

Finalmente, el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, correspondiente al boletín Nº 10.315-18, y próximo a ser promulgado como ley de la República, reconoce una serie de derechos de distinta naturaleza a las niñas, niños y adolescentes, junto con establecer algunos objetivos y principios esenciales en esta materia[29]. En términos generales, la ley dispone que:

> *"[…] Es deber de la familia, de los órganos del Estado y de la sociedad, respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes."*[30]

> *"[…] Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. Todo niño, niña o adolescente es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución*

[27] Ley N°20.084. Establece un Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005. Artículo 2.
[28] Ley Nº 21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y Modifica las normas legales que indica, enero 2021, Art. 4, Inc 1º.
[29] Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, correspondiente al boletín Nº 10.315-18, Oficio Nº 16.713, 25 de junio de 2021, Cámara de Diputados de Chile. Cfr., arts. 1-55.
[30] Ibid., Art. 2, Inc 1º.

Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.[31]

Específicamente respecto al interés superior de la niñez, la ley afirma que:

"[…] Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1 de la presente ley, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente."[32]

III. El derecho constitucional comparado y la protección de los derechos de la niñez.

A diferencia del chileno, otros sistemas jurídicos han avanzado hacia el reconocimiento formal de la niñez y de sus derechos, como objeto de protección constitucional. En estos sistemas, los procesos de reforma constitucional o de promulgación de nuevas cartas fundamentales han permitido que el constituyente localice y reconozca a la niñez y sus derechos, como materia de preocupación constitucional. Se trata de una tendencia evidente que se corresponde con el lugar prominente que los derechos de la niñez, reconocidos por la ratificación casi universal de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez (en adelante la "CDN"), ha tenido sobre los sistemas jurídicos internos[33]. Al hacerlo, los estados que avanzan en estas formas de incorporación demuestran un compromiso con el reconocimiento de los derechos de la niñez, al más alto nivel[34].

El reconocimiento constitucional explícito de la niñez y sus derechos constitucionales ha operado, en términos generales, de dos formas. De un lado, algunas constituciones han incorporado normas que buscan dar protección a la niñez, en cuanto *objeto de protección constitucional* especial. Ello, de modo tal de priorizar y/o visibilizar la importancia de la niñez en el marco del sistema jurídico y político del país. Ejemplos de esta técnica específica de

[31] Ibid., Art. 6.
[32] Ibid., Art 7, Inc. 2º & 3º.
[33] Ursula Kilkelly (2019) "The UN convention on the rights of the child: incremental and transformative approaches to legal implementation", *The International Journal of Human Rights, 23:3*, pp. 323-337.
[34] Julia Sloth-Nielsen & Michelle Oliel, *Constitutionalising Children's Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe*, Deutsches Kinderhilfswerk e.V. – issue 7, Berlin, 2019, p. 6.

reconocimiento constitucional pueden observarse, entre otras, en las constituciones de Italia[35], Croacia[36] y Grecia[37], entre otras.

De otro lado, y de forma mayoritaria, las constituciones de estados democráticos han avanzado en dar reconocimiento no solo a la protección de la niñez y/o las familias, sino, específicamente, a los *derechos de la niñez*. Se trata de una técnica de regulación constitucional preferible a la anterior, por dos razones. En primer lugar, el reconocimiento de derechos de la niñez permite evitar la subordinación de los intereses específicos de las niñas, niños o adolescentes a aquellos intereses de la sociedad, la familia o de sus padres[38]. En segundo lugar, constitucionalizados, los derechos de la niñez no sólo se convierten en un marco de referencia importante para la formulación e implementación de la legislación y las políticas públicas. El reconocimiento de tales derechos provee a sus titulares de las garantías constitucionales específicas, tanto primarias como secundarias[39], que permiten exigirlos frente a la autoridad y los tribunales[40]. Los derechos constitucionales de la niñez visibilizan las exigencias estatales y sociales respecto a las niñas, niños y adolescentes y empoderan a estos últimos, a través de un sistema robusto de garantías.

Así, entre otros, los siguientes sistemas constitucionales reconocen y protegen expresamente los derechos de la niñez[41].

[35] "Art. 31. La República ayuda a la formación de la familia y al cumplimiento de sus deberes, con especial consideración a la familia numerosa, a través de medidas económicas y otros beneficios. La República protege a las madres, los niños y a los jóvenes adoptando las disposiciones necesarias".

[36] "Art. 63: "El Estado protegerá la maternidad, la niñez y la juventud, y creará las condiciones sociales, culturales, educativas, materiales y de otro tipo que promuevan la realización del derecho a una vida adecuada" y; "Art. 65: Toda persona tiene el deber de proteger a los niños ya las personas enfermas. Los niños no serán empleados antes de la edad establecida por la ley, ni se les obligará ni se les permitirá realizar ningún trabajo que sea perjudicial para su salud o moralidad. Los jóvenes, las madres y las personas con discapacidad tendrán derecho a una protección especial en el trabajo".

[37] "Art. 21. (1). La familia, piedra angular de la preservación y el avance de la Nación, así como el matrimonio, la maternidad y la niñez, estarán bajo la protección del Estado. (2) Las familias con muchos hijos, los veteranos de guerra y en tiempo de paz con discapacidad, las víctimas de la guerra, las viudas y los huérfanos, así como las personas que padecen enfermedades corporales o mentales incurables, tienen derecho a la atención especial del Estado".

[38] O'Mahony, Conor, "The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights", en James G. Dwyer (ed)., Oxford Handbook of Children and the Law (Oxford: Oxford University Press), 2020, pp. 871- 896.

[39] Una explicación de las garantías primarias y secundarias para la niñez en Espejo Yaksic, Nicolás, "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch), 2020, pp. 571-602.

[40] Sloth-Nielsen, J. and Kruuse, H, "A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights in South African Jurisprudence 2007-2012," International Journal of Children's Rights 21 (2013): 646-678, p. 647.

[41] Para una revisión general de los sistemas constitucionales europeos y la niñez, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Constitutions*, CDL-AD (2014)005.

Portugal

Artículo 69. (1) Los niños tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado, con vistas a su desarrollo integral, especialmente contra todas las formas de abandono, de discriminación y de opresión, y contra el ejercicio abusivo de la autoridad en la familia y en las demás instituciones.
(2) El Estado asegura la especial protección de los niños huérfanos, abandonados, o de cualquier otra forma privados de un ambiente familiar normal.
(3) Se prohíbe, en los términos de la ley, el trabajo de los menores en edad escolar.

España

Sección 39 (2): "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad." (4): "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"

Irlanda

Art. 42A: "1. El Estado reconoce y afirma los derechos naturales e imprescriptibles de todos los niños y, en la medida de lo posible, mediante sus leyes protegerá y reivindicará esos derechos.

Suiza

Art. 11 "(1): Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a la protección especial de su integridad personal y a la promoción de su desarrollo.
(2). Ejercen sus derechos según su capacidad de discernimiento"

Austria[42]

Art. 1: "Todo niño tendrá derecho a la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, su óptimo desarrollo y autorrealización, así como la protección de sus intereses en materia de equidad intergeneracional. El bienestar del niño será la consideración primordial respecto de todas las medidas que afecten a los niños y que sean adoptadas por instituciones públicas y privadas".

[42] *Federal Constitutional Act on the Rights of Children* (2011).

Art. 4: "Todo niño tiene derecho a una participación adecuada y a la consideración de su opinión con respecto a todos los asuntos que lo afecten de manera acorde con su edad y desarrollo".

Art. 6: "Todo niño con discapacidad tendrá derecho al nivel de protección y cuidado que se requiera para sus necesidades especiales. De acuerdo con el art. 7, párr. 1 de la Ley de la Constitución Federal, se garantizará la igualdad de trato de los niños con y sin discapacidad en todos los ámbitos de la vida diaria".

Sudáfrica

Art. 28 (1). "Todo niño tiene el derecho:
(a) a un nombre y a una nacionalidad desde el nacimiento;
(b) al cuidado de la familia o paternal, o a un cuidador apropiado alternativo cuando sea removido del entorno familiar;
(c) a una alimentación básica, a refugio, a servicios de cuidado básico de la salud, y a servicios sociales;
(d) a ser protegido del maltrato, abandono, abuso o degradación;
(e) a ser protegido de prácticas laborales de explotación;
(f) a no ser requerido o tolerar que realice trabajo o preste servicios que:
(i) sea inapropiado para la persona de la edad de un menor; o
(ii) ponga en peligro el bienestar, educación, la salud física o mental, o desarrollo espiritual, moral o social del menor;
(g) a no ser detenido excepto como una medida de último recurso, en cuyo caso, en adición a los derechos que un menor disfrute según las secciones 12 y 35, el menor puede ser detenido sólo por el más corto apropiado periodo de tiempo, y tiene el derecho a ser:
(i) mantenido separado de las personas mayores de 18 años; y
(ii) tratado de manera, y mantenido en condiciones, que tengan en cuenta la edad del menor;
(h) a tener a un abogado en ejercicio a su servicio asignado al menor por el Estado, y por cuenta del Estado, en las actuaciones civiles que afecten al menor, si, de otro modo, pudiera resultar una injusticia sustancial; y
(i) a no ser utilizado directamente en conflictos armados, y a ser protegido en tiempos de conflicto armado.
(2) Los mejores intereses del niño son de suprema importancia en toda materia que afecte al menor.
(3) En esta sección "niño" significa una persona con menos de 18 años de edad."

A su vez, en América Latina, varias constituciones han ido reconociendo progresivamente los derechos de la niñez, de forma expresa y profunda. Por ejemplo[43]:

Brasil

Art. 227: "Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión".

Colombia

Art. 44: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

México

Art. 4: "(Inc. 9). En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez"
"(10) Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios."
"(11) El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez."

[43] En un sentido similar, Constitución Política de la República del Ecuador (Arts. 35, 44 & 45); Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (Art. 60) y Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela (Art. 78).

IV. La futura Constitución y los derechos de la niñez

El diseño constitucional futuro en materia de derechos de la niñez debe considerar dos aspectos fundamentales. En primer término, aquellas normas constitucionales futuras que protegerán, regularán o limitarán *indirectamente* los derechos de la niñez. Esto es, cláusulas constitucionales que, aun cuando no se redacten exclusiva y directamente para la protección de los derechos de la niñez, tendrán efectos importantes en su interpretación (por ejemplo: derecho a educación, derecho a la salud, derecho a la identidad, derecho a la vida familiar y/o derechos parentales). En segundo término, será necesario avanzar en formas de protección constitucional *directa* de los derechos de la niñez y garantizar su prioridad. Tal protección directa, a su vez, debiera reconocer tres tipos o categorías de derechos o intereses constitucionales de la niñez: a) derechos orientados a garantizar, de forma prioritaria, la *vida,* la *supervivencia y el desarrollo* de las niñas, niños y adolescentes, b) derechos reconocidos para asegurar la *protección efectiva* de la niñez frente a diversas formas de violencia, abandono o negligencia y, c) derechos que permitan garantizar los intereses de *autonomía y participación* de niñas, niñas y adolescentes, de conformidad con su edad y madurez.

1. Protección *indirecta* de los derechos de la niñez: La responsabilidad parental como eje de las relaciones entre progenitores e hijas e hijos

La futura Constitución regulará una serie de cuestiones que tendrán impacto en el ejercicio de los derechos de la niñez. Ellas van desde los compromisos con el rol subsidiario o solidario del Estado, la protección social, el reconocimiento de la plurinacionalidad, la perspectiva de género, entre muchas otras. Junto con ello, algunos derechos específicos impactarán la forma en la que los derechos de la niñez se interpreten y sus límites y potenciales. Ejemplos claros en este sentido son los derechos a la vida familiar, a la igualdad ante la ley y la no-discriminación, el derecho a la educación, a la salud o la identidad, por mencionar solo algunos. Tratándose de todos estos arreglos, principios y derechos generales, será fundamental prestar atención a la forma en que los mismos, dan *visibilidad* a las necesidades y particularidades de la niñez y la adolescencia[44].

Hacerse cargo de las distintas formas de regulación y/o protección indirecta del futuro texto constitucional sobre los derechos de la niñez excede, por mucho, los objetivos de este texto. Con todo, resulta importante destacar algunas ideas centrales, especialmente respecto a la posible forma de regulación de los denominados *derechos parentales de control.* Esto es, derechos específicos orientados a dirigir la vida de las niñas y los niños en aspectos tales como lugar de residencia, tipos de relaciones que pueden desarrollar (y con quién/es), la guía moral o religiosa a

[44] Sobre esta estrategia de visibilización de los derechos de la niñez en el diseño constitucional, ver, O'Mahony, Conor (2019), "Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability", *Human Rights Law Review, vol. 19, Nº 3*, pp. 401- 434.

los que se pueden ver expuestos y, en general, como usan su tiempo[45]. Tales derechos se distinguen de otros derechos, como los derechos humanos generales de los que todo progenitor es titular[46], así como de otros posibles de derechos parentales, tales como el derecho a ser padre o el derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos, cuando los padres se encuentran separados.

Una perspectiva constitucional basada en los derechos de la niñez no desconoce la posible existencia de derechos parentales de control, pero lo hace de forma especialmente calificada y en el marco general de la *responsabilidad parental*[47]. La dimensión central de dicha comprensión estriba en comprender que tales derechos sobre los hijos e hijas -si es que se llegan a reconocer en el futuro texto constitucional – no existen para el beneficio de los progenitores, sino para el beneficio del niño o la niña.[48]. Es decir, los derechos parentales de control sólo se justificarían constitucionalmente "en la medida en que permiten al padre/madre desarrollar sus deberes hacia el niño(a) y hacia otros niños(as) y la familia"[49]. Al estar "derivados de" y "limitados por" el deber prioritario de cuidar a los niños(as), los derechos parentales de control jamás deberían ser entendidos como derechos "sobre" los hijos e hijas. Si no, más bien, como derechos que, en caso de interferencias arbitrarias, ilegales o desproporcionadas en el ámbito del ejercicio calificado de los mismos, pueden ser defendidos en "contra" del Estado o terceros. No, en cambio, en contra de los propios intereses constitucionales de las y los niños. [50]

Para decirlo de otro modo. Es posible reconocer a los progenitores ciertas libertades para que, por medio de ellas, estos puedan cumplir debidamente con sus *responsabilidades*. A diferencia de conceptos como potestad, poder o derechos parentales, la noción de responsabilidad parental busca destacar que las niñas y los niños no son una suerte de posesión a ser controlada por sus padres o madres, sino personas que deben ser cuidadas por ellos. Como tal, la responsabilidad parental permite describir de mejor manera las expectativas del sistema jurídico contemporáneo en torno a las funciones parentales y el rol central de los intereses superiores de la niñez. Se trata de un marco más pertinente para regular las relaciones entre progenitores e hijos e hijas, que no

[45] Cfr., Altman, Scott A., "Parental Control Rights", *Philosophical Foundations of Children's and Family* Law, Elizabeth Brake y Lucinda Ferguson (Eds.), Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 209-226.

[46] En cuanto persona humana, los progenitores son titulares de todos los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad de la persona humana y que buscan garantizar su seguridad, libertad e igualdad. Esto incluye, por ejemplo, sus derechos a no ser discriminados, a su vida privada y familiar y al debido proceso, entre muchos otros.

[47] Cfr., Lathrop Gómez, Fabiola & Espejo Yaksic, Nicolás (Coordinadores), *Responsabilidad Parental*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017.

[48] Joseph Millum (2018), *The Moral Foundations of Parenthood*, Oxford University Press, New York, pp. 46-77; H. Steele & M. Steele (2013), "Parenting Matters: An Attachment Perspective", L. C. McClain & D. Cere (Eds.), *What is Parenthood? Contemporary Debates about the Family*, New York University Press, New York, pp. 214-233.

[49] Cámara de los Lores, Inglaterra, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another* (1985), 3 WLR 830.

[50] Nicolás Espejo Yaksic (2021), "Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental", *Responsabilidad Parental: Perspectivas constitucionales comparadas*, N. Espejo Yaksic (Ed.), Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN de México, pp. 4-65; John Eekelaar (2001), "Rethinking Parental Responsibility", *Family Law* (31), pp. 426-430.

resulta incoherente con el reconocimiento de facultades, autoridades y derechos de tales adultos, aunque siempre en el marco de dicha responsabilidad. En otras palabras, y a diferencia de un acercamiento legal a las funciones parentales o de cuidado que pone el énfasis en los poderes, libertades o derechos de los adultos, la idea de responsabilidad parental se estructura en torno a los *intereses superiores de las y los niños* en el marco de dicha relación. Así, las atribuciones legales sobre la crianza y el cuidado de los adultos no otorgan derechos absolutos a favor de quienes detentan dicha responsabilidad y se encuentran siempre limitadas por los derechos o intereses de las niñas y los niños.[51]

Una vez precisado lo anterior, parece razonable reconocer a los progenitores ciertas libertades para que, por medio de ellas, estos puedan cumplir debidamente con sus deberes o responsabilidades. Del mismo modo, se podría esperar que esas mismas responsabilidades generen obligaciones en otras partes, para no interferir con los progenitores en el cumplimiento de sus deberes parentales.[52] Sin embargo, tales atribuciones no podrían habilitar a esos progenitores a priorizar sus propios intereses (o derechos) por sobre los de sus hijas e hijos. Este es el caso, por ejemplo, cuando se discute sobre el ejercicio de los derechos de las niñas y los niños a su vida, salud, integridad física o psíquica o identidad personal. Del mismo modo, es fundamental distinguir dos tipos de responsabilidades: la parental y la estatal. Mientras la responsabilidad por el cuidado, guía y orientación de las niñas y los niños corresponde a los progenitores (o a aquellos otros adultos que, en su reemplazo, sean titulares de responsabilidad parental), la responsabilidad por garantizar el por los derechos de las niñas y los niños, corresponde al Estado.[53] En otras palabras, y siguiendo la terminología de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y que formará parte del bloque de derechos del nuevo texto constitucional- son los Estados (no los progenitores) los que se obligan a respetar, proteger y satisfacer los derechos de la niñez. Y ello se efectiviza por medio de garantías primarias (leyes, políticas, programas, presupuestos, etc.) y secundarias (recursos judiciales y

[51] Cfr., Nicolás Espejo Yaksic (2020), "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en P. Contreras & C. Salgado, *Curso de Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant Lo Blanch, Santiago, Chile pp. 587-593. Esta idea de responsabilidad no sólo se ha consolidado en campo estrictamente familiar, al limitar los amplios poderes o potestades parentales tradicionales. En el campo del Derecho Privado, la noción de responsabilidad juega un rol esencial a la hora de ampliar el campo de la responsabilidad civil de los padres, en el ejercicio de sus funciones parentales. Con ello, las antiguas "inmunidades" en el núcleo familiar y que permitían evitar la entrada del Derecho en el ámbito de las relaciones familiares, ceden hoy frente a la obligación del sistema jurídico de intervenir en el ámbito familiar, protegiendo derechos y determinando las responsabilidades civiles que se deriven de su infracción. Para un análisis detallado y excelente de esta materia, ver, Natalia Rueda (2020), *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad. Un estudio comparado entre Italia y Colombia,* Universidad Externado de Colombia, Colombia.

[52] Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Art 3. 2.º "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

[53] Taylor, Rachel (2019), "La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso de Charlie Gard". En *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas,* editores Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olguín, México: SCJN, pp. 229-275.

administrativos) que permiten a las niñas y los niños, exigir el cumplimiento de sus derechos, sin discriminación.

2. Protección *directa* de los derechos de la niñez: Vida y desarrollo, protección y autonomía.

Un sistema constitucional que protege prioritariamente los derechos de la niñez debiera ser capaz de asegurar el reconocimiento y garantía de los intereses fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Desde una perspectiva práctica, ello implica dos cosas. En primer término, será indispensable que se reconozca, como principio constitucional expreso, el *principio del interés superior de la niñez*. En segundo lugar, será importante precisar, específicamente, qué intereses fundamentales de la niñez conforman tal principio constitucional. Como se argumenta acá, existen al menos tres intereses esenciales: vida y desarrollo; protección y autonomía.

2.1. Reconocimiento explícito del Principio del Interés superior de la niñez (ISN).

En su formulación más acabada el Interés Superior del Niño o la Niña (ISN) se ha llegado a concebir como la priorización de los derechos (intereses) de los niños, por sobre otras consideraciones (inclusive, otros derechos)[54]. En otras palabras, el ISN no busca determinar qué es lo que la justicia determina en cada caso sino, en cambio, qué es lo que demandan específicamente *los derechos de los niños* en cada situación concreta[55]. Así entendido, el ISN pasa a ser un principio elemental para la consecución de dos fines: a) respetar, con carácter prioritario, *todos* los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes y; b) incluir otros derechos o intereses en el juicio de ponderación, pero en base a una regla de prioridad a favor de los derechos de la niñez[56].

Como ha indicado el Comité de Derechos del Niño de la ONU, el ISN posee una triple caracterización: como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y, norma de procedimiento[57]. En otras palabras, del ISN se deriva un *derecho sustantivo*, esto es, a los niños les asiste un poder, derivado de una posición jurídica privilegiada, para buscar la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de terceros, respecto del respeto de los propios intereses de los primeros[58]. Tales restricciones, a su vez, se manifiestan concretamente en la obligación jurídica de maximizar los intereses de los niños (y no de los adultos, incluidos sus padres) como una consideración primordial en toda decisión que se adopte a su respecto[59]. Del

[54] John Eekelaar (2005), "Deciding for children", *7 Australian Journal of Professional and Applied Ethics*, No 2, p. 66.
[55] S (BD) v S (DJ) (Infants: Care and Consent) [1977] 1 A11 ER 656 y; Re K (Minors) (Wardship: Care and Control) [1977] 1 A11 ER 647.
[56] Espejo Yaksic, Nicolás, "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch), 2020, p. 575.
[57] ONU: Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013).
[58] MacCormick, Neil, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy,* Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 154.
[59] Archard, David, 2004: *Children: Rights and childhood*, 2a Ed., New York, Routledge, London, p. 62.

ISN se deriva, a su vez, un *principio jurídico interpretativo* del que se colige la obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial (lo que incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión)[60]. Finalmente, el ISN importa una *norma de procedimiento* que genera la obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas, inclusive por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño[61].

Resulta evidente que un futuro texto constitucional en Chile no puede avanzar en la protección integral de la niñez y la adolescencia, sin consagrar como principio constitucional, al interés superior de la niña, el niño o el adolescente. Entendido tal principio, como la *máxima* y *primordial* protección de los derechos de la niñez, en toda cuestión que afecte a una niña, niño o adolescente.

2.2. Intereses esenciales: Vida, Supervivencia & Desarrollo, Protección frente a la violencia y la discriminación y respeto y promoción de la autonomía y la participación.

El reconocimiento formal y explícito del principio del interés superior de la niñez en la futura Constitución es una condición necesaria, pero no suficiente, para una protección efectiva e integral de los derechos de la niñez. Junto con garantizar el respeto del interés superior de la niñez, resulta conveniente precisar, a lo menos, tres intereses esenciales que conforman el centro de los derechos de la niñez. Cada uno de estos intereses debidamente protegidos por la Constitución, debieran, a su vez, ser reconocidos como derechos constitucionales específicos de niñas, niños y adolescentes, dada su importancia para en el marco de su desarrollo integral.

A. Vida, Supervivencia & y desarrollo

Toda niña o niño tiene un derecho intrínseco a la vida, lo que significa que es obligación del Estado garantizarla[62]. Se trata de una obligación especialmente calificada, que no se encuentra sujeta a restricción o suspensión alguna. En los términos en que se establece en la Convención, el derecho a la vida no es contrario a la regulación del aborto, tal y como se deriva de los trabajos preparatorios de dicho instrumento internacional[63]. Es más, una debida regulación del aborto

[60] ONU: Comité de Derechos del Niño, *Observación general N° 14* (2013).
[61] Ibíd., Párr. 14, letra c).
[62] Artículo 6º de la *Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño*.
[63] Alston, P. (1990), "The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child", en *Human Rights Quarterly, Vol. 12, No. 1*, pp. 156-178.; Espejo Yaksic, Nicolás, "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), Curso de Derechos Fundamentales (Valencia: Tirant lo Blanch), 2020, pp. 572-574.

puede ser necesaria para proteger los derechos de la niñez, tales como el derecho a la salud y la vida de adolescentes que se someten a practicas ilegales o informales de aborto[64].

La obligación legal de proteger la vida del que está por nacer, en consecuencia, no constituye una regla legal a favor de la prohibición del aborto. Tal declaración, en cambio, debe ser leída como una posibilidad amplia concedida a los Estados para dictar las medidas legales y de otra especie que consideren deseables para otorgar protección al feto o *nasciturus*[65]. Tal es el ejemplo, en el caso chileno, de la Ley No. 20.370 que crea, entre otros subsistemas de protección social, el *Chile Crece Contigo* y que acompaña el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación.

A su vez, el derecho a la vida obliga al Estado a adoptar todas las medidas positivas y negativas apropiadas que contribuyan a la supervivencia de un niño. Esto significa que los Estados están obligados no sólo a abstenerse de privarles arbitrariamente de la vida, sino también a aplicar medidas activas para adoptar actuaciones preventivas para prolongar la vida de los niños[66], creando las *condiciones necesarias* para garantizar una vida digna[67]. En el mismo sentido, el derecho al desarrollo incluye la obligación del Estado de garantizar la evolución física, mental, espiritual, moral, psicológico y social de las niñas y los niños[68]. Ello incluye, entre otras dimensiones, el desarrollo de las capacidades físicas, psicológicas, espirituales, sociales, emocionales, cognitivas, culturales y económicas[69].

B. Protección frente a toda forma de violencia y discriminación contra la niñez.

Las niñas, niños y adolescentes son sujetos particularmente vulnerables a distintas formas de violencia, entendida esta última como "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual."[70] La alta prevalencia de

[64] ONU: Comité de Derechos del Niño (Observación general n°4, 2003), p. 11. Específicamente en el caso de Chile, el mismo Comité ha recomendado el año 2015 que: "c) Despenalice el aborto, revise sus leyes para garantizar el interés superior de las adolescentes embarazadas y asegure, en la ley y en la práctica, el acceso de las niñas a abortos en condiciones de seguridad y a servicios de atención después del aborto, y que las opiniones de las niñas se escuchen y se tengan siempre en cuenta en las decisiones relativas a los abortos". ONU: Comité de Derechos del Niño (Observaciones finales, octubre 2015), pp. 15/23.

[65] Espejo Yaksic, Nicolás, "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), Curso de Derechos Fundamentales (Valencia: Tirant lo Blanch), 2020, pp. 572-574.

[66] Office of the High Commissioner on Human Rights (2007), Legislative History of the Convention on the Rights of the Child ('Legislative History'), p. 365.

[67] Noam Peleg & John Tobin, "The Rights to Life, Survival and Development" *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary,* John Tobin (Editor), Oxford Commentaries on International Law, Oxford Scholarly Authorities on International Law (OSAIL), 2019, pp. 186-236.

[68] Committee on the Rights of the Child (21 June 2017), General comment No. 21 on children in street situations, CRC/C/GC/21.

[69] Committee on the Rights of the Child (6 December 2016), General Comment No 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence, CRC/C/GC/20, para 15.

[70] Artículo 19º, párrafo 1, de la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño.

distintas formas de violencia contra la niñez en Chile, amparadas en distintas estructuras sociales, requiere de un compromiso constitucional claro por la promoción y respeto estricto del derecho a una vida libre de violencia contra niñas, niños y adolescentes[71].

La redacción del nuevo texto constitucional constituye una oportunidad privilegiada para asegurar, con carácter prioritaria, los intereses de protección de la niñez y la adolescencia. Para ello, resultará central que una cláusula constitucional expresa reconozca no solo el derecho a **una vida libre de toda forma de violencia contra niñas, niños y adolescentes**.[72] Pero no solo eso. Una cláusula de protección constitucional en esta materia debiera, también, consagrar la *obligación positiva* del Estado para generar una cultura de buen trato y bienestar de la niñez y la adolescencia. Esto es, un conjunto de medidas sistémicas que transformen los contextos que justifican y ampara toda forma de violencia contra las niñas y los niños.[73] La expectativa constitucional en esta materia no puede ser sólo la prohibición de toda forma de violencia contra la niñez, tanto en la familia, la comunidad y la sociedad en general. Además, la Constitución debe garantizar el derecho de toda niña, niño y adolescente a una cultura de respeto, cuidado y buen trato por parte de la sociedad chilena.

A su vez, el futuro texto constitución jugará un rol esencial en la garantía del derecho de toda niña, niño o adolescente a **crecer libres de toda forma de discriminación.** Esta garantía constitucional debiera, a su vez, cubrir dos dimensiones muy precisas. De un lado, la Constitución asegurar sus derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sujetos a la jurisdicción del Estado de Chile, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento *o cualquier otra condición* del niño, de sus padres o de sus representantes legales.[74] Esto es, la Constitución debiera actuar como una barrera inquebrantable frente a todo acto discriminatorio frente a una niña, niño o adolescente, sea que se trate de una discriminación directa (formal) como indirecta (de facto). La expresión "cualquier otra condición social" ha de entenderse en un sentido amplio, permitiendo la incorporación de otras categorías sospechosas de distinción, distintas a las originalmente recogidas en el texto de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Por ejemplo, la identidad o expresión de género de una niña o niño, o su estatus migratorio.[75]

---

[71] A modo de ejemplo: 62,5% de los cuidadores principales reconocen el uso de métodos de disciplina violentos en la crianza de niños, niñas y adolescentes (*ELPI: Encuesta Longitudinal de Primera Infancia(2017*); 49,7% de los hogares con niños, niñas y adolescentes declaran haber presenciado o vivido en el último mes situaciones de violencia en su entorno residencial (*CASEN, 2017*) y; 46% de los estudiantes entre 7° básico y 3° medio declaran haber sufrido un acto de violencia constitutivo de delito (*Encuesta Nacional de Polivictimización, 2017*).

[72] Artículo 19º de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

[73] World Health Organization, *INSPIRE Seven Strategies for Ending Violence Against Children*, 2016 y; SRSG on Violence against Children, *Toward a world free from violence Global survey on violence against children*, New York, 2013, 93-125.

[74] Artículo 2.1.º de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

[75] Skivenes, Marit & Søvig, Karl. 2019. *Child Rights and International Discrimination Law. Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Routledge, London, 2019 y; Gauché Marchetti, X., &

De otro lado, la Constitución deberá asegurar obligaciones positivas, que garanticen, en la práctica, que todas las niñas y los niños no sufran discriminación. En otras palabras, el texto constitucional debiera considerar una obligación específica -similar a la referida al buen trato y el cuidado- que lleve al Estado a garantizar, en la práctica, *una sociedad más igualitaria e inclusiva* para todas las niñas, niños y adolescentes. Tal obligación se condice, por lo demás, con la obligación general del Estado de garantizar la protección integral y el pleno goce de los derechos de la niñez.[76]

C. Autonomía y Participación. Un nuevo trato constitucional

Un sistema constitucional lo suficientemente robusto en la protección de los derechos de la niñez no solo se ocupa de mencionar o reconocer tales derechos. Lo hace, de modo tal que tales derechos permitan reconocer a las niñas, niños o adolescentes como "personas legales"[77]. Es decir, como agentes morales que, a pesar de la etapa de desarrollo en la que se encuentran, son considerados como sujetos que pueden interactuar desde la expresión y el respeto a sus propios deseos y preferencias[78]. Niñas y niños deben ser reconocidos en su derecho **a ser oídos y tomados en cuenta** en todas aquellas materias que les afecten, tanto como sujetos individualmente considerados ene el procedimiento o materia de que se trate, como un colectivo que busca participar activamente de la vida social.

La **autonomía progresiva**, incluso en niños y niñas pequeños, debería ser visto en la futura Constitución como un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan su autonomía y su expresión, tradicionalmente justificadas alegando la relativa inmadurez del (de la) niño(a) y su necesidad de socialización[79]. Conforme el niño o la niña crece y desarrolla su propia visión del mundo y una mejor comprensión respecto a los riesgos, oportunidades y definiciones que enfrenta, su opinión será especialmente relevante a la hora de determinar qué es aquello que demanda su interés superior[80]. Ello deriva de reconocer, de forma

Lovera Parmo, D. 2019. Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos. *Revista Ius Et Praxis, 25*(2), 359-402.

[76]

[77] Espejo, Nicolás. 2017. "El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República", en Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Santiago: UNICEF), pp. 25-26.

[78] John Eeekelaar. 1994. "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", en *International Journal of Law and the Family*, 8, pp. 42-61.

[79] Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40 período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), párr. 17.

[80] Esta idea ha sido influenciada fuertemente por uno de los casos más importantes en materia de autonomía de los niños, el caso *Gillick*. En 1982, Victoria Gillick demandó a la autoridad de salud local y al Departamento de Salud y Seguridad Social ante los tribunales con miras a impedir que los médicos proporcionasen asesoramiento o tratamiento anticonceptivo a su hija menor de 16 años, sin su consentimiento. Al decidir, la Cámara de los Lores resolvió que si un niño es capaz o no de dar el consentimiento necesario dependerá de la madurez y comprensión del niño y de la naturaleza del consentimiento requerido. El niño debe ser capaz de hacer una evaluación razonable de

progresiva, un mayor peso específico a los intereses por autonomía del niño o la niña, particularmente cuando las consecuencias de la decisión judicial adoptada recaerán principalmente en él.

El reconocimiento de los intereses por autonomía de las niñas, niños y adolescentes puede generar dos consecuencias importantes para el sistema constitucional chileno. De un lado, el reconocimiento de la autonomía de las niñas, niños y adolescentes no viene a reemplazar, como muchas veces se argumenta sin mayor precisión, el núcleo de las relaciones de cuidado entre progenitores e hijos(as). En otras palabras, los derechos de autonomía de niñas y niños no reemplazan las relaciones de cuidado e interdependencia necesarias entre ellos y sus progenitores u otros adultos significativos. Los derechos de autonomía operan, en cambio, como garantía de protección cuando tales cuidados se vuelven opresivos, violentos o injustos[81]. De otro lado, el reconocimiento de la autonomía puede ayudar a consolidar las condiciones que faciliten un nuevo trato constitucional o político entre las niñas, niños y adolescentes y el mundo adulto. Reconocer, respetar y promover el ejercicio de los derechos a la autonomía progresiva, la libertad de expresión y la participación de niñas, niños y adolescentes es el primer paso hacia un diálogo intergeneracional *formal*, y del que Chile ha carecido[82]. Ese diálogo, manifestado informalmente en distintos procesos políticos que han tenido lugar en el país en las últimas dos décadas, podría encontrar, por fin, un espacio constitucional que despliegue todo el potencial democrático presente en la voz de la niñez y la adolescencia.

las ventajas y desventajas del tratamiento propuesto, por lo que el consentimiento, si se otorga, puede describirse de manera adecuada y justa como verdadero consentimiento. Cfr., The House of Lords, *Gillick v. West Norfolk*.

[81] La estructura de los derechos no es constitutiva de la vida social, sino que debe ser comprendida, en cambio, como una posición de "respaldo" y "seguridad" en caso de que los demás elementos constitutivos de esa relación social (el cuidado en este caso) se desintegre o distorsione. En este sentido, por ejemplo, Jeremy Waldron (1993) *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 374.

[82] Lovera, Domingo. 2020. "El camino constituyente de los pingüinos. Ensayo y aprendizaje", en Rocío Lorca et al. (eds.), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución* (Santiago: La Pollera), pp. 147-162.