



La Constitución ¿Cuestión de niños?

No es lo mismo proteger a las niñas, niños y adolescentes y promover su desarrollo integral a través de políticas públicas que reconocerles sus derechos, ya que sólo estos modifican su estatus jurídico y les permiten convertirse en sujetos constitucionales plenos.



Una vez más nos enfrentamos a la posibilidad de contar con una nueva Constitución política. Más allá de los variados desafíos de este particular proceso político e institucional, se vuelve a abrir un espacio para definir algunos aspectos pendientes de nuestro sistema constitucional. Entre ellos, no sólo el reconocimiento formal y las modalidades constitucionales de protección de los

derechos de los adultos, sino también de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En lo que sigue, sugiero tres criterios jurídicos fundamentales para advertir si las propuestas que a este respecto se formulen reconocerán y garantizarán efectivamente los derechos de este segmento etario. Concluyo este análisis con una reflexión general sobre los derechos.

(I) Reconocimiento formal de derechos

No es lo mismo proteger a las niñas, niños y adolescentes y promover su desarrollo integral, que reconocerles sus derechos. Mientras la protección y la promoción del desarrollo integral de esta población puede ser una expectativa social y de política pública deseable del sistema constitucional, sólo los derechos modifican su estatus jurídico, desde objetos de consideración constitucional, a sujetos constitucionales plenos. Más específicamente, el reconocimiento formal y explícito de los derechos constitucionales de estos y estas juega una serie de funciones fundamentales. En primer lugar, dicho reconocimiento desempeña una función de señalización en nuestra comunidad moral: los derechos de la niñez y la adolescencia se asocian con determinados intereses particulares de ellas y ellos, respecto de los cuales una protección especial es requerida. Tales intereses son de ellas y ellos, y no la mera extensión de los intereses de quienes los tienen bajo su cuidado.

En segundo lugar, una vez constitucionalizados, los derechos de la niñez y la adolescencia proveen un peso normativo significativo a tales derechos, lo que importa que aquellos intereses que se protegen por su intermedio, contarán con una prioridad específica frente a otros intereses o valores individuales o sociales. En tercer lugar, dada su función de señalización y su peso normativo, la constitucionalización de los derechos de la niñez y la adolescencia permite avanzar hacia su exigibilidad. Si estos derechos son fundamentales -y prioritarios- entonces resulta indispensable que se generen y aseguren todas aquellas garantías primarias y secundarias que afirman tal normatividad.

(II) Garantía prioritaria de los derechos de la niñez y la adolescencia

No basta con que el texto constitucional proteja los intereses o derechos de las niñas, niños y adolescentes. Si hay algo que distingue el reconocimiento y protección de estos derechos respecto de otros, es su carácter prioritario. Un mandato constitucional de prioridad ayuda a precisar la supremacía de los intereses de niñas, niños y adolescentes sobre otras consideraciones importantes. De este modo, y una



vez constitucionalizados, los derechos de niñas, niños y adolescentes se convierten también en un marco de referencia importante para la formulación e implementación de la legislación y las políticas públicas, las que deberían dar garantías de otorgar protección prioritaria a tales derechos.

A su vez, en el campo de la interpretación judicial, un mandato de prioridad reconoce que cuando haya que tomar cualquier decisión que afecte los intereses o derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes, las y los jueces deberán maximizarlos, como principio y como regla, frente a los derechos fundamentales de los adultos. En otras palabras, a diferencia del juicio de ponderación tradicional -en el que el intérprete debe buscar la armonización de los principios en pugna, procurando una solución intermedia que lesione, de la forma más liviana, ambos principios- la garantía de protección prioritaria de los intereses superiores de niñas, niños y adolescentes mandata al intérprete judicial considerar los de estos y estas como un caso especial. El peso normativo específico de dichos intereses así lo demanda.

(III) Autonomía progresiva

Las niñas, niños y adolescentes poseen un interés en decidir o escoger sus preferencias en la medida

Dada su función de señalización y su peso normativo, la constitucionalización de los derechos de la niñez y la adolescencia permite avanzar hacia su exigibilidad.



Los derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes no vienen a reemplazar el núcleo de las relaciones de cuidado y amor entre progenitores e hijas e hijos, ni prescinden de las condiciones sociales, económicas y culturales que facilitan el ejercicio de tales derechos.

que desarrollan una habilidad específica para adoptar tales decisiones. Es decir, en función del logro de una suficiente discrecionalidad para escoger -de forma mínimamente sabia- entre distintas opciones. Dicha discrecionalidad ha de presumir la existencia de un nivel mínimo de condiciones que permitan advertir que nos encontramos frente a un sujeto que puede adoptar decisiones relevantes, en materias igualmente importantes. No, en cambio, que una niña, un niño o un adolescente deba justificar que la decisión que ha adoptado es “correcta” o “no equivocada”.

Esta comprensión gradualista de la autonomía -o sobre el interés en escoger- dialoga coherentemente con lo que sabemos sobre el desarrollo cognitivo y moral de los niños, desde su temprana infancia hasta la adolescencia. Importantemente, el ejercicio de los intereses por autonomía en la niñez y la adolescencia presupone -como condición esencial- el reconocimiento del derecho de toda niña, niño y adolescente a que su opinión sea: a) oída, y b) tomada en cuenta. Ello, tanto en aquellos casos individuales que afectan sus derechos, como en relación con niñas, niños y adolescentes como grupo o colectivo, en los procesos políticos o sociales. Con todo, resulta importante no confundir ni reducir el derecho a ser oído y tomado en cuenta con el derecho a la autonomía progresiva. Mientras el derecho a ser oído opera como

garantía procesal para la existencia de condiciones que permiten ponderar las razones que desee otorgar una niña o un niño, la autonomía progresiva opera como derecho sustantivo orientado a garantizar el respeto por los intereses de los segundos, en función de su edad y madurez.

(IV) Lo que los derechos hacen, y no hacen

Suele esgrimirse -por parte de cierta doctrina y por algunas posiciones políticas- que el discurso de los derechos es impertinente tratándose de la niñez y la adolescencia. Niñas, niños y adolescentes requieren amor, cuidados y la generación de aquellas condiciones que permiten su pleno desarrollo material y espiritual. Se suele argumentar, también, que tratándose de niñas y niños, especialmente los más pequeños, son los progenitores los que deben ejercer los derechos de los primeros, en su nombre. Estas posiciones suelen partir de un supuesto errado: que los derechos reemplazan el amor, los cuidados y la responsabilidad.

Los derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes no vienen a reemplazar el núcleo de las relaciones de cuidado y amor entre progenitores e hijas e hijos, ni prescinden de las condiciones sociales, económicas y culturales que facilitan el ejercicio de tales derechos. En otras palabras, los derechos de la niñez y la adolescencia no buscan transformarse en la estructura constitutiva de la vida familiar o social. Más bien, tales derechos cumplen dos roles esenciales al interior de un sistema constitucional y democrático de derecho. De un lado, los derechos constitucionales buscan evitar la subordinación de estos intereses específicos a los intereses de la sociedad, la familia o -incluso- los de sus progenitores. Esta última cuestión resulta fundamental para una debida comprensión del peso moral y jurídico específico de cada niña, niño y adolescente al interior de nuestra comunidad política. De otro lado, la estructura de estos derechos permite que niñas, niños y adolescentes cuenten con una posición de respaldo y seguridad -constitucionalmente garantizada- en caso de que los demás elementos constitutivos de las relaciones de cuidado y amor (familia) y justicia social (Estado) se desintegren, distorsionen o descuiden. Es esto, ni más ni menos, lo que debemos reconocer. 🌱