

Propuesta de normativa constitucional para el Capítulo de Derechos Fundamentales sobre reconocimiento y protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Nueva Constitución.

I. Explicación y Fundamentos.-

La adopción en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante "La Convención") por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, produjo formalmente un cambio de paradigma importante sobre el concepto de la niñez, en términos de dejar de tener con niños, niñas y adolescentes, una relación del Estado como mero objeto de protección, pasando, a que éstos sean tratados como sujetos de derecho, lo que obliga a los Estados a instalar en sus legislaciones el principio de protección integral de sus derechos.

Este cambio, comenzó a integrarse a partir de 1990 en la legislación chilena, con la adopción formal de la Convención, lo que implicó el reconocimiento en lo formal de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, esto es, en palabras del profesor de derecho e infancia, Jaime Couso (1999), *"un sujeto que necesita, adquiere progresivamente un mayor grado de autonomía, y con ella, de derechos, es decir, como ciudadanos, y ya no como era tradicional, como individuo completamente dependiente, sometido a los adultos e incapaz frente al Derecho."*

Lo anterior, obliga y comienza a girar el centro de políticas públicas y legislaciones que imponen obligaciones particulares que deben cumplir las familias, el Estado y la sociedad, para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos.

La Convención, plenamente aplicable en Chile, se rige por diez principios: El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad; el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social de niños, niñas y adolescentes. Además de los derechos al nombre y la nacionalidad desde su nacimiento; el derecho a su alimentación, vivienda y atención médicos adecuados; el derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños, niñas y adolescentes que sufren de alguna discapacidad mental o física; el derecho a la comprensión y el amor de los padres y de la sociedad hacia nuestra infancia y juventud; el derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita; el derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia; el derecho a la protección contra cualquier tipo de abandono, crueldad o explotación, y el derecho

a ser criados con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

A pesar que Chile suscribió la Convención en 2015, *"la Constitución no se define sobre los derechos de la infancia. Solo hace referencia a la familia, reconociéndola como núcleo fundamental de la sociedad, así como también deber del Estado darle su protección y proponer su fortalecimiento. La carta fundamental declara que los padres tienen derecho a elegir establecimiento para sus hijos y que corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Adicionalmente, esta indica que es obligatorio promover la educación parvularia y asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La Constitución además reconoce el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; y establece disposiciones relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social, las que indirectamente pueden tener implicancias en derechos para niños, niñas y adolescentes."*¹

*"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, ya 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"*²

Si bien, la constitucionalización de los derechos de la infancia o de la adolescencia no garantiza el respeto a los derechos, es sin duda un paso esencial para la aplicación de los mismos, pues como ha concluido la doctrina internacional; *"Cuando las disposiciones centradas en los derechos de la niñez están arraigadas en las*

¹ BARBA, Aníbal – Universidad Diego Portales "Derechos de la Infancia en Constituciones Seleccionadas".

² ESPEJO YAKSIC, Nicolás – Derechos de las niñas, niños y adolescentes, Informe sobre diversidad e inclusión y nueva Constitución. Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados A.G.

*constituciones, se hace más difícil su erosión, asegurando que tengan prioridad sobre todas las demás leyes nacionales con las que puedan entrar en conflicto*³.

De esta forma, el avance se produjo por medio de legislaciones tan importantes, incorporadas a nuestra legislación, como la Ley de Filiación (1998), que terminó con las diferencias entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio; la Reforma Constitucional que establece la Obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media (2003), que aseguró 12 años de escolaridad obligatoria por parte del Estado; la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (2007), que estableció un régimen penal especial para este grupo de la población con el propósito de responsabilizarlos de sus actos y reinsertarlos; la ley que creó el Subsistema de Protección Integral Chile Crece Contigo (2009); la Ley de Inclusión Escolar (2015); la Ley que tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial (adulto mayor, personas en situación de discapacidad, niños, niñas y adolescentes) (2017); la Ley que crea el Sistema de Educación Pública (2017); la Ley de entrevistas videograbadas (2018); la Ley que creó la Subsecretaría de la Niñez (2018); la Ley que creó la Defensoría de la Niñez (2018); y la Ley que declara imprescriptible los delitos sexuales contra menores de 18 años (2019), entre otras.

A lo anterior cabe añadir, la modificación de varios cuerpos legales que comenzaron a admitir y consolidar el reconocimiento positivo en el sistema jurídico nacional de la protección de niños, niñas y adolescentes en materias específicas. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 222 del Código Civil que establece "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", así también ocurre en el inciso segundo del artículo 242 del Código Civil, y en reformas tan relevantes como en los artículos 3 y 85 de la Ley N°19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil o la serie de principios que fijan los procedimientos generales de la Ley N°19.698 que crea los Tribunales de Familia en 2004.

A este respecto, cabe agregar el Proyecto de Ley sobre Garantías y Protección integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia (Boletín N°10.315-18), ingresado por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet con fecha 24 de septiembre de 2015 y que fue aprobado por ambas Cámaras, encontrándose por ser promulgado como ley pese a la los vetos ingresados por el Ejecutivo durante 2021 y el trámite respectivo de control en el Tribunal Constitucional. Este proyecto reconoce en lo

³ EN ESPEJO YAKSIC, Nicolás, op.cit. SLOTH-Nielsen Julia y OLIEL Michelle, "Constitutionalising Children's Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe."

sustantivo una serie de derechos y garantías de distinta naturaleza a las niñas, niños y adolescentes, estableciendo objetivos y principios esenciales en esta materia, lo que obviamente, obliga a que, existiendo una ley de esta naturaleza, algunos de sus principios y normas sean consagradas y tengan reflejo a nivel constitucional, tales como:

"Es deber de la familia y los órganos del Estado y de la sociedad, respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes".

"Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. Todo niño, niña o adolescentes es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes".⁴

Pese a la inmensa tarea recogida en materia de derechos, legislación y políticas públicas, es posible observar una falta de reconocimiento de los derechos de la infancia y adolescencia, carencias para acceder a servicios públicos y lo que es aún más complejo acceder a una educación socio emocional y en particular a una protección aún más efectiva de la infancia con mayores carencias sociales.

Prueba de lo anterior, fue la demora en el mejoramiento y cambio legislativo producido a partir de 2008 con la instalación de la ley penal de responsabilidad adolescente, y la demora en la aplicación de un moderno Servicio Nacional de Menores que separase sus funciones en las de protección y adopción de niños, niñas y adolescentes, y por otro lado diese un verdadero tratamiento de rehabilitación a los niños, niñas y adolescentes infractores de ley. La separación del sistema de protección e infracción de ley solo se produjo a partir de 2020, con la publicación de la 21.302, que creó el Servicio Nacional de Protección Especializada en Niñez y Adolescencia, luego de innumerables vulneraciones gravísimas a los derechos de niñas, niños y adolescentes bajo, supuestamente, protección del Estado o los organismos colaboradores de éste. Junto a lo anterior, y durante largos años, la sociedad chilena se vio impactada por múltiples casos de abandono, incumplimiento del Estado de su función de protección y rehabilitación, con casos que estremecieron con dolor a una ciudadanía, y especialmente a los niños, niñas y adolescentes que tomaron consciencia de la necesidad de garantizar con más fuerza aún los derechos

⁴ En esta parte, se han recogido los elementos de notas del Proyecto de Ley, como asimismo de legislación interna del Documento de la Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados A.G. coordinados por el profesor y experto en infancia ESPEJO YAKSIC, Nicolás.

y deberes de niños, niñas y adolescentes y que tienen un profundo arraigo en una nueva manera de entender la infancia y la adolescencia.

"Aun cuando se reconoce el avance que significó, en el ámbito de los derechos de la niñez y adolescencia, la ratificación de la Convención, en la práctica, la situación de sus derechos en Chile es sumamente preocupante. En el transcurso de estos 31 años desde la ratificación de dicho tratado, se advierten compromisos internacionales sin cumplir en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia, además de un manifiesto e insuficiente reconocimiento y trato en su condición de sujetos de derecho, todo lo que ha redundado en vulneraciones graves y sistemáticas a sus derechos en Chile. Uno de los compromisos incumplidos está asociado a la creación e implementación de un sistema de garantías de la niñez y la adolescencia, sin el cual nuestro país continúa enfrentando una grave e injustificada falencia estructural. Esta ausencia tiene consecuencias en el desarrollo armonioso e integral de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile, al no favorecer ni asegurar la promoción de sus derechos, tanto de manera directa respecto a ellos y ellas, como con sus familias, al no brindarles espacios de participación efectiva e incidente en aquellos asuntos que les afectan y al no prevenir, de manera oportuna y efectiva, la ocurrencia de vulneraciones de sus derechos. [...] Al complejo diagnóstico anterior, se suma la situación vivenciada por aquellos que se encuentran bajo el cuidado del Estado, en que se ha observado que las falencias estructurales y graves y sistemáticas violaciones a sus derechos humanos, que el Comité de los Derechos del Niño detectó y consignó, de manera categórica. En el informe que originó la investigación desarrollada contra nuestro país, el año 2018, por aplicación del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención, no han sido erradicadas del todo."⁵

Gran parte de las demandas levantadas a partir de octubre de 2019 y las protestas sociales, dicen relación con el deber de reconocimiento que como sociedad, y pese a los avances nos encontramos en deuda con nuestra niñez e infancia.

Por sólo compartir algunos elementos de lo que esta propuesta se hace cargo, en Chile, el 18% de los niños viven en la pobreza y en el caso de la tasa de suicidio de niños, niñas y adolescentes, Chile se posiciona como el segundo país con más muertes juveniles en países de la OCDE, de las cuales, 60% de los casos entre 15 y 19 años se vinculan a casos de depresión.

⁵ DEFENSORIA DE LA NIÑEZ, (2020), Boletín N°2 "Mi voz en la Constitución".

Para lo anterior, el reconocimiento constitucional de asuntos de niñez e infancia resulta esencial y obligará al Estado y la sociedad a tener una mayor consciencia del enfoque de derechos que adquiere esta materia. Nunca antes en Chile, un texto constitucional ha tratado el tema de la infancia y la adolescencia en el mismo, así como su protección o elementos que ayuden a comprender los nuevos paradigmas en esta materia.

Si bien es cierto, lo avanzado ha sido importante, no es menos cierto que la niñez y la adolescencia, en Chile, son una población con altos niveles de vulnerabilidad, que obligará a establecer un nuevo enfoque, que desde la Carta Fundamental, obligue a ciudadanos y al Estado a diseñar nuevas políticas multisectoriales que pongan en el centro del quehacer a la infancia y juventud en materias como educación, salud, salud mental, familia, acceso a bienes públicos y políticas del Estado para enfrentar las necesidades de esta población.

Lo anterior, también impone el deber de reconocer la calidad de ciudadanía a los menores, con ciertos derechos asociadas a la misma que sean debatidos, tales como los mecanismos de participación de niños, niñas y adolescentes en los debates públicos y en su capacidad de incidir, elegir y ser elegidos autoridades, o la creación de organismos que recojan sus inquietudes. Citando a la Defensoría de la Niñez: *"Por su parte, cabe recordar que la titularidad de derechos constitucionales se adquiere por el solo hecho de ser personas. Así, los niños, niñas y adolescentes son titulares no solo de aquellos derechos constitucionales que gozan las personas mayores de edad, sino que además de prerrogativas específicas, dadas por su especial condición de desarrollo."*⁶

Los niños, niñas y adolescentes de esta nueva sociedad y de este nuevo Chile que pretende plasmarse en una Constitución, abierta, participativa, paritaria y con participación de los pueblos originarios requiere imaginar de nueva forma la inclusión, participación y protección de niños, niñas y adolescentes.

II. Doctrina constitucional comparada.

Como ya señaló anteriormente, la Constitución Política de 1980 no hace referencia alguna de manera directa a las temáticas propias de infancia y juventud en su texto constitucional, lo que evidentemente, tiene consecuencias en el reconocimiento de sus derechos. Es evidente, entonces, la necesidad de fijar la importancia de este tema y su naturaleza en el texto constitucional como Carta Fundamental del

⁶ DEFENSORIA DE LA NIÑEZ, (2020), Boletín N°2 "Mi voz en la Constitución".

ordenamiento jurídico. Ello no ocurre así, en otras constituciones del mundo que hace ya un tiempo considerable, y a partir, de la adopción de la Convención han incorporado esta temática en sus textos fundamentales.

Algunos ejemplos:

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 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.*

Brasil: *Artículo 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"*

México: *"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".*

Portugal: *Artículo 69: "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 demás instituciones. El Estado asegura especial protección a los niños huérfanos, abandonados, o de cualquier otra forma privados de un ambiente familiar normal. Se prohíbe, en los términos de la ley, el trabajo de los menores en edad escolar."*

Suiza: *Artículo 11: "Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a la protección especial de su integridad personal y a la promoción de su desarrollo. Ejercen sus derechos según su capacidad de discernimiento.*

Otros textos constitucionales que han recogido la tendencia y contemplan menciones específicas sobre niñez y adolescencia son Sudáfrica, Irlanda, Austria o bien Constituciones como la de Italia, Grecia y Croacia que han incorporado a la niñez y la adolescencia como "objetos de protección" constitucional de especial

reconocimiento, fijando con ello al más elevado nivel del ordenamiento jurídico el respeto, protección y no vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

III. Artulado propuesto

"Artículo XXXX: Es deber de la familia y los órganos del Estado y de la sociedad, respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de su integridad y desarrollo moral, físico, psíquico y sexual.

Los órganos del Estado, la sociedad y las familias deben asegurar el acceso a la salud física y mental, a la educación en el saber, y al pleno ejercicio de sus condiciones psico-emocionales, como, asimismo, a espacios de acceso a la cultura, las artes y el cuidado en general.

La protección de los niños, niñas y adolescentes es un derecho de los padres o de las personas que los tengan a su cuidado, de acuerdo a la ley.

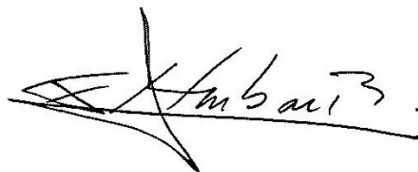
Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y tienen derecho a ser tratados de acuerdo a su grado de madurez y autonomía progresiva en los asuntos que les afecten. El Estado adoptará los mecanismos y medios necesarios para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión de manera acorde a su desarrollo y velará porque sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.

Todo niño, niña o adolescente es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentre vigentes y en las leyes.

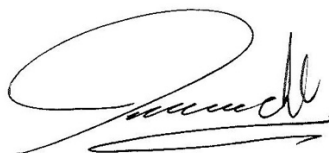
Es deber del Estado, la familia y la comunidad otorgarles la debida protección para el pleno ejercicio de sus derechos. La ley establecerá un sistema de protección y garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para garantizar la exigibilidad de sus derechos y el acceso a la justicia, el Estado dispondrá de mecanismos de queja, denuncia y exigibilidad de sus derechos, que puedan ejercer por sí mismos o por intermedio de alguna persona en su representación, o por órganos del Estado dispuestos para estos efectos.

El Estado dispondrá de las prestaciones y políticas públicas necesarias para garantizar los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de vulneración de derechos.

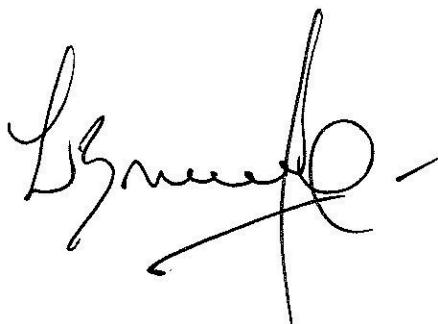
La ley tendrá el deber de proteger siempre de todo atentado a la indemnidad física, psíquica o sexual contra niños, niñas y adolescentes.”

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Harboe Bascuñan' with a stylized flourish at the end.

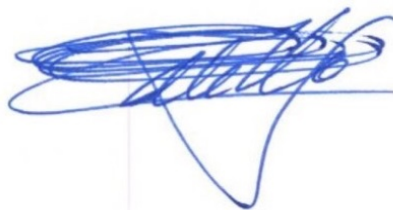
Felipe Harboe Bascuñan, Distrito 19

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fuad Chahín Valenzuela' with a large, sweeping initial 'F'.

Fuad Chahín Valenzuela, Distrito 22

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Barceló Amado' with a large, sweeping initial 'L'.

Luis Barceló Amado, Distrito 21

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Eduardo Castillo Vigouroux' with a large, sweeping initial 'E'.

Eduardo Castillo Vigouroux, Distrito 23



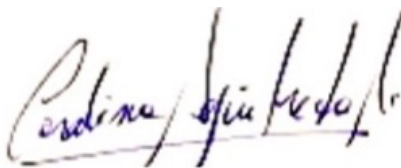
Agustín Squella Narducci, Distrito 07



Miguel Ángel Botto, Distrito 06

Rodrigo Logan Firmado digitalmente por Rodrigo Logan
Fecha: 2022.01.12 17:40:26 -03'00'

Distrito 09




CC - Carolina Sepúlveda
13.793.459-0

Distrito 19

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is cursive and appears to read 'Helmuth'.

Helmuth Martínez Ilancapan, Distrito 23

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is stylized and appears to read 'Patricio'.

Patricio Fernández Chadwick, Distrito 11