

La necesaria constitucionalización de los derechos del niño. Propuestas para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de los niños y garantizar su efectividad en la nueva Constitución

The necessary Constitutionalization of the Rights of the Child. Proposals to Advance towards the Recognition of Children's Rights and Guarantee their Effectiveness in the New Constitution

María Lorena ROSSEL CASTAGNETO¹

Resumen: La redacción de la nueva Constitución ofrece la oportunidad de incorporar entre sus disposiciones, en especial, aquellas que digan relación con los derechos fundamentales, los derechos de los niños. Pero la pregunta que pretende responder este trabajo es qué derechos debemos incorporar en la nueva constitución y cómo hacerlo para garantizar su cumplimiento sobre la base de los estándares internacionales. Por ello, en el presente trabajo se analiza como en las últimas décadas se han reconocido derechos humanos específicos a los niños gracias a la Convención sobre Derechos del niño y a la labor del Comité de derechos del niño, luego se desarrollan los principios rectores o guías de la Convención y, finalmente, se propone una alternativa que permita reconocer al niño como sujeto de derechos específicos, al tenor de los tratados internacionales ratificados por Chile y la interpretación que han hecho de estos principios los órganos de control de la Convención de Derechos del niño.

Palabras clave: Derechos humanos, Derechos de los Niños, Constitución

Abstract: The drafting of the new Constitution offers the opportunity to incorporate among its provisions, especially those related to fundamental rights, the rights of children. But the question that this work tries to answer is what rights we must incorporate in the new constitution and how to do it to guarantee its fulfillment on the basis of international standards. For this reason, in the present work it is analyzed how in the last decades specific human rights have been recognized to children thanks to the Convention on the Rights of the Child and the work of the Committee on the Rights of the Child, then the guiding principles or guidelines of the Convention and finally an alternative is proposed that allows the child to be recognized as the subject of specific rights, in accordance with the international treaties ratified by Chile and the

¹ Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Valparaíso. Académica Universidad de Las Américas. Chile. Correo electrónico: mrossel@udla.cl

interpretation that the supervisory bodies of the Convention on the Rights of the Child have made of these principles.

Keywords: Human Rights, Children's Rights, Constitution

1. Derechos humanos y derechos de los niños

Norberto Bobbio, señala que en los últimos años —refiriéndose a la década de los ochenta y principios de los noventa—, se ha manifestado un proceso de especificación de los derechos humanos, consistente en un paso gradual hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos. Lo asimila al proceso por el que atravesó la idea de libertad, al principio abstracta, para luego determinar libertades concretas y particulares, como la de conciencia, de opinión, de prensa, de reunión y de asociación. Agrega que así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado una primera especificación en “ciudadano” —en el sentido que al ciudadano le corresponderían ciertos derechos posteriores, respecto al hombre en general— para luego responder a ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?².

Señala Bobbio que esta especificación se ha producido bien respecto del género, bien respecto a distintas fases de la vida. En el caso de esta última, destaca como se han ido diferenciando los derechos de la infancia, lo que se advierte de los instrumentos internacionales celebrados con el fin de reconocer derechos específicos. Pero concluye que, a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil.

Utilizando la misma terminología que propone Bobbio, Peces-Barba desarrolla este concepto señalando que el proceso de especificación se produce en relación con los titulares de los derechos, pero también en el contenido de los mismos, y con una conexión indudable con su consideración como concepto histórico, es decir, “inserto en una cultura política y jurídica moderna”³. Agrega que, en este proceso de especificación de los derechos fundamentales, los niños requieren una protección especial, pero no vinculada al valor de la igualdad —como ocurre en el caso de los derechos de la mujer— sino al valor de la solidaridad o de la fraternidad, ante la debilidad, inferioridad física, intelectual o social, que supone el tránsito por esta etapa, hasta alcanzar el grado de madurez suficiente⁴.

² Bobbio (1991), p. 110.

³ Peces-Barba (1993), p. 154.

⁴ Peces-Barba (1993), p.155.

Este reconocimiento de derechos específicos para los niños ha sido un proceso lento, por distintos motivos, entre los que destacan circunstancias socio culturales, pero también relativos a la fundamentación de los derechos humanos.

Estas circunstancias —socio culturales, por un lado, y de fundamentación de los derechos humanos, por otro— justificaron la adopción de modelos de intervención estatal, caracterizado por un marcado proteccionismo.

Frente al modelo proteccionista, surge el modelo liberacionista del tratamiento debido a los niños. El surgimiento de este modelo se puede situar entre los años sesenta y setenta del siglo XX, fundamentalmente en las sociedades anglosajonas —inglesa y norteamericana— y tiene su antecedente en el pensamiento de Rousseau.

De conformidad al modelo liberacionista —Holt (1971), Berger (1973), A. S. Neill (1973, 1974, 1976), Ollendorff (1973), Portman y Weingartner (1973), Farson (1974)— el niño es considerado un ser con cualidades y capacidades que puede por sí mismo proteger su interés superior, si se le garantizan los mecanismos adecuados. Considera que el niño debe ser liberado de las estructuras sociales y jurídicas tradicionales a las que está sometido, de manera que se le reconozcan los mismos derechos que se le han reconocido a los adultos, con la misma capacidad de ejercicio.

La Convención sobre derechos del niño, adopta una postura intermedia entre el proteccionismo tradicional y el liberacionismo, por cuanto si bien reconoce que el niño requiere una protección especial para que se pueda desarrollar en todos los aspectos, a su vez le confiere la calidad de titular de derechos, que puede ejercer por sí mismo. Así queda plasmado en una serie de artículos como el artículo 2 y en especial, los artículos 3.1 y 12. Como se analizará más adelante, la Convención al recoger como principio rector, el del interés superior del niño para la toma de decisiones que le afecten, justifica la adopción de medidas que redunden en la consecución del mejor interés para el niño, debiendo ser una consideración primordial.

Pero, sobre todo, el artículo 12, será la consagración del niño como sujeto pleno de derechos.

En este sentido Baratta⁵ señala que el futuro de la democracia —parafraseando a Bobbio— está vinculado al reconocimiento de los derechos del niño, como ciudadano en el sentido pleno de la palabra.

Sostiene que, realizando una interpretación sistemática y dinámica de la Convención, el niño, en cualquier fase de su desarrollo tiene una ciudadanía plena, que es compatible con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos y, en consecuencia, a su identidad como niño.

Agrega que, gracias a la Convención sobre derechos del niño, éste goza no sólo de manera plena sino de manera privilegiada, de todos los derechos fundamentales respecto de los adultos, ya que la Convención reconoce al niño “todos los derechos cuyo ejercicio constituye la condición para el ejercicio de los derechos políticos y de participación”⁶.

Del mismo modo, y de manera específica y privilegiada, en su concepto, se le reconocen al niño, los derechos civiles y de libertad, los económicos, sociales, culturales, procesales, y los derechos comunicativos de libertad⁷. Estas ventajas, según Baratta, compensarían las disminuciones que afectan al niño a raíz de su identidad y su especial posición en el contexto de los derechos políticos clásicos.

De esta manera para Baratta, esto trae como consecuencia interpretar el artículo 12 de la Convención, dándole una mayor extensión y un nuevo y fundamental significado al derecho del niño a ser escuchado, ampliando el concepto de libertad y el de dignidad de la persona, y su desarrollo humano. El autor concluye que éste es el futuro de la democracia e implica un cambio de paradigma “que puede llevar desde la infancia de la democracia hacia una sociedad humana y madura”⁸.

La Constitución chilena, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no reconoce al niño como titular de derechos específicos, sin embargo, gracias a la incorporación del inciso 2º del artículo 5 de la Constitución, y a la ratificación de la Convención sobre derechos del niño, se ha producido este proceso de especificación en Chile.

⁵ Baratta (1995), p. 14.

⁶ Baratta (1995), p. 14.

⁷ Baratta (1995), p. 14.

⁸ Baratta (1995), p. 17.

En efecto, el inciso 2º del artículo 5º de la constitución se incorporó a nuestra constitución gracias a una reforma constitucional del año 1989. Si bien han sido varias las interpretaciones que se le ha dado a este artículo y que dicen relación con la jerarquía de los tratados internacionales, entre ellas una muy discutida interpretación del Tribunal constitucional en cuanto a que los tratados internacionales tendrían un valor supra legal¹⁰, pero infra constitucional, ha primado la interpretación según la cual los tratados internacionales de derechos humanos tendrían jerarquía constitucional.

En efecto, los redactores del inc. 2º del artículo 5 de la Constitución Política, entre ellos, Francisco Cumplido (1997) y José Luis Cea Egaña (1997), han señalado que la idea de incorporar este inciso 2º fue la de ampliar el catálogo de derechos fundamentales que consagra la Constitución en los distintos numerales del artículo 19, complementando las normas de la Carta Magna con los tratados que Chile ratificara y que se encuentren vigentes.

Adicionalmente, se debe considerar que la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (en adelante CV) de la cual Chile es parte, consagra 3 principios relativos a la aplicación de los tratados, que son los principios en los que se sustenta la obligatoriedad de estos. En efecto, la CV consagra en el artículo 26 el principio del *Pacta sunt servanda* (obligación de cumplir los tratados) y el principio de buena fe. Luego el artículo 27 que es un corolario de los principios anteriores, prohíbe a los Estados invocar disposiciones de orden interno como justificación del incumplimiento del tratado. De allí se desprende el Estado debe hacer todo lo que está a su alcance para cumplir con los tratados internacionales incluso modificando su legislación interna para adecuarla a dichos instrumentos internacionales.

Advierte Cea Egaña¹¹ que algunas normas contenidas en tratados internacionales tienen el carácter de normas de *ius cogens*, las que sería superiores incluso a la Constitución. Esta noción de normas, que tienen una obligatoriedad *erga omnes* o universal, no queda supeditada a la legislación interna de los Estados, sino que priman por sobre dicha legislación.

A ello, debemos agregar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que ha aplicado directamente los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile, como normas

⁹ Artículo 5, inc. 2º:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

¹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol n.º 1288, de 25 de agosto de 2009, considerandos 41 y 43.

¹¹ Cea (1997), p. 84.

que complementan los derechos humanos que consagra nuestra Constitución. Del mismo modo, jurisprudencia del Tribunal constitucional (en adelante, TC) que cita tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile para declarar la inaplicabilidad de normas internas, por cuanto contravienen dichos preceptos¹².

Así, se ha entendido que los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile, que se refieren a los niños y a otros colectivos vulnerables, forman parte del bloque de constitucionalidad, y por tanto, que dichos tratados complementan y amplían el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en ella.

A ello, debemos agregar el control de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante Corte IDH), que ha obligado al Estado de Chile a modificar sentencias judiciales, legislación interna, e incluso la Constitución, para adecuarla a los tratados internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte¹³.

Teniendo presente este desarrollo, llama la atención que la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico no contemple ninguna mención al niño y a sus derechos fundamentales.

La redacción de la nueva Constitución ofrece la oportunidad para considerar en el catálogo de derechos humanos que consagre, normas específicas que reconozcan al niño como titular de derechos específicos y que garanticen su ejercicio.

2. Principios rectores o guía de la Convención de derechos del niño

Denominamos principios rectores de la Convención, aquellos a la luz de los cuales debe ser interpretada la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante CDN). El Comité de derechos del niño ha definido 4 principios generales: la no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6 y el respeto a la opinión del niño (artículo 12). Respecto de estos principios el Comité los considera como principios primordiales de la Convención, que deben tenerse en cuenta respecto en relación con cada uno de los derechos que se enuncian. En la práctica ello significa que los Estados partes deberán adecuar su legislación, políticas y programas que afecten a los niños, a estos principios.

¹²A modo ejemplar, se puede citar la reciente Sentencia TC, 29 de enero de 2021, Rol 8792-20.

¹³A modo ejemplar, Corte IDH Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estos cuatro principios como principios rectores de la Convención de Derechos del niño, que de acuerdo con lo señalado por Nogueira¹⁴ deben inspirar en forma transversal y deben implementarse en todo sistema de protección integral de los niños. Al referirse a estos principios la Corte Interamericana, señala que ellos deben “primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana”¹⁵. A continuación, se determinará el contenido y alcance de estos principios en la Convención.

A. PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN¹⁶

Señala Anne F. Bayefsky¹⁷, que la igualdad o no discriminación, es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de que su formulación en diversas fuentes del derecho internacional no se ha realizado de manera única ni unificada. En efecto, diversos instrumentos internacionales que contienen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en materia de empleo y remuneración y educación, tortura, raza sexo e infancia se han abocado de forma continua al desarrollo progresivo de derecho a la igualdad.

Carmona¹⁸ señala que la fórmula utilizada por la Convención es amplia y abierta, en tanto le permite garantizar de manera generosa la aplicación al niño frente a eventuales causas de discriminación en la actualidad y las que pudieran presentarse en el futuro, superando así la fórmula contenida en el Pacto de derechos civiles y políticos. De esta manera, la Convención demuestra su carácter de instrumento de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en relación al niño y da al principio de no discriminación un carácter universal.

¹⁴ Nogueira (2017), p. 419.

¹⁵ Corte IDH, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 68.

¹⁶ Artículo 2.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, 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.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¹⁷ Bayefsky (1990), p.2.

¹⁸ Carmona (2011), p. 83.

En relación con el sujeto amparado por el artículo 2 de la Convención, el texto es claro en señalar a cada niño sujeto a la jurisdicción de los Estados Parte como destinatario de las normas relativas a la no discriminación de los niños.

La fórmula adoptada por la Convención es similar a la redacción del artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere “a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”, que otorga garantías más amplias en cuanto a la competencia personal de los Estados Parte.

De este modo, el Comité de Derechos del niño ha realizado una interpretación amplia a la fórmula “su jurisdicción” utilizada por el referido artículo 2 de la Convención. En efecto, en las observaciones finales al segundo informe de Liechtenstein, consideró que dicho Estado tenía el deber de vigilancia respecto de los niños con necesidades especiales en materia de educación, salud y administración de justicia que, debido a lo reducido de su territorio, debían ser enviados a instituciones especiales en el extranjero. Lo mismo, cuando el Comité se ha referido a los niños de refugiados o solicitantes de asilo, como en las observaciones finales al segundo informe periódico de Lituania, demandando medidas urgentes respecto de las condiciones de esos niños y sus familias y el acceso a los servicios de bienestar social¹⁹.

A pesar de lo amplio de la disposición es innegable que en la actualidad hay una serie de situaciones exponen al niño a situación de discriminación que han sido advertidas por el Comité de Derechos del niño en sus Observaciones a los Estados. Estas situaciones que exponen al niño a una extrema vulnerabilidad son, entre otras, la extrema pobreza o situaciones de marginalidad en la que viven niños y niñas, la situación de las niñas, los niños que forman parte de comunidades indígenas, los discapacitados, nacidos fuera del matrimonio, no nacionales, inmigrantes, desplazados, refugiados, los niños que trabajan o viven en la calle²⁰.

En todas estas situaciones el Comité de derechos del niño les pide cuenta a los Estados de las medidas concretas adoptadas para su erradicación. De ahí la importancia de que la nueva constitución no sólo declare expresamente los derechos de los niños, sino además establezca garantías específicas y efectivas para su plena protección y aplicación.

¹⁹ Carmona (2011), p. 86.

²⁰ Carmona (2011), p. 92.

B. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO²¹

Este principio que no es nuevo en el derecho público y privado, es el que ha suscitado mayor interés, pero también mayor debate en cuanto a sus límites y alcances. Si bien es cierto que, la fórmula del interés superior del niño, fue un principio utilizado en el derecho de familia, por diversas legislaciones, como señala Cillero²², gracias a la incorporación de este principio al artículo 3.1 de la Convención, adquiere un nuevo significado, como principio rector-guía, y su interpretación deberá realizarse en conjunto con las demás disposiciones de la Convención. Una interpretación aislada de los demás principios rectores de la Convención, puede dar lugar a arbitrariedades y, como dice Cillero, a la vulneración de los derechos que la propia convención reconoce.

Si bien este principio surge en el derecho de familia de varios Estados europeos en el siglo XIX y es recogido por varias declaraciones internacionales sobre derechos del niño, la CDN contribuyó a la cristalización de este principio en el orden internacional en todas las medidas concernientes a los niños y ya no solo limitado a asuntos de familia. En su labor codificadora, la Convención debía reconocer y determinar el principio del interés superior del niño como criterio rector pero, además, contribuir a su desarrollo progresivo.

A su vez, la Convención debía dotar a este principio de un significado y alcance que armonizara su interpretación con el principio que se aplicaba en el ámbito interno de varios de los Estados contratantes²³. De allí, los términos amplios que utiliza la Convención, “en todas las medidas concernientes a los niños”, lo que ha llevado a Philip Alston²⁴ a calificar este principio como una “norma paraguas”, en la medida que establece las pautas a seguir en todas las medidas concernientes a los niños, no existiendo ningún artículo ni ningún derecho reconocido en la convención respecto a los que este principio no sea aplicable.

Como una primera aproximación, el interés superior del niño ha sido definido como la plena satisfacción de los derechos de los niños²⁵, pero para entender esta noción es importante hacer algunas consideraciones que contribuirán a una debida interpretación del principio, tomando

²¹ Artículo 3: 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.

²² Cillero (1998), p. 2.

²³ Carmona (2011), p. 104.

²⁴ Citado por Carmona (2011), p. 104.

²⁵ Cillero (1998), p. 8.

en consideración el desarrollo que ha tenido en la doctrina, en la práctica del Comité de Derechos del niño y en la jurisprudencia:

1) El principio del interés superior del niño se erige, de un modo general, en el artículo 3.1 de la Convención, pero de un modo particular, en otras disposiciones. En efecto, se refieren a este principio: artículo 9, párrafos 1 y 3, en relación a la separación del niño de sus padres (“el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando... tal separación es necesaria en el interés superior del niño”); “derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contactos directo con ambos ... salvo si ello es contrario al interés superior del niño”); artículo 18, párrafo 1, respecto a las responsabilidades de los padres (“ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño... Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”); artículo 20, párrafo 1, respecto a niños privados del entorno familiar (“los niños cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio [familiar], tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”); artículo 21, sobre la adopción (“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea consideración primordial”); artículo 37, c), respecto a los niños en situación de privación de libertad (“... todo niño privado de libertad estará separado de los adultos a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”); y artículo 40, párrafo 2, b) iii), relativo a niños con conflicto con la justicia (“todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantizará ...que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor adecuado, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño...”). Esto demuestra el carácter de “norma paraguas”, como señala Alston, en el sentido que el interés superior del niño informa todos los aspectos que inciden en la vida del niño, como se analizará a continuación.

2) Se mencionan como características del principio: su carácter de esencial, interdependiente del conjunto de derechos proclamados en la Convención, exclusivo del niño, no absoluto, indeterminado y dinámico.

En cuanto al carácter de esencial del principio, se advierte de la redacción del artículo 3.1 que se refiere a “todas las medidas concernientes a los niños”, y luego, al referirse a él, el artículo 3.1 señala que “será una consideración primordial”.

En cuanto al carácter de interdependiente del principio, viene dado por el hecho de que su aplicación e interpretación no puede realizarse de manera aislada, sino en interrelación con los demás principios rectores, y otros derechos consagrados en la Convención. Así lo ha señalado el Comité de Derechos del niño en la Observación general número 14, determinando en los considerandos 41 a 45 de la Convención de qué manera se relaciona este principio con la no discriminación, con el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo y con el derecho del niño a ser escuchado²⁶. Del mismo modo, en las recomendaciones que ha dado el Comité de los Derechos del Niño a los Estados partes, se puede advertir la necesidad de interpretar las normas de la Convención de conformidad a esta interrelación.

Por su parte, que sea un principio exclusivo del niño, se refiere a se predica únicamente en relación al niño y como señala Carmona²⁷, adquiere una entidad propia en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. Ello se debe al contexto en el que se desarrolló este principio, a fines de la segunda guerra mundial, ya que los estragos que provocó la guerra afectaban de manera directa a los niños y se advertía que ellos eran uno de los colectivos más vulnerables. Así quedó plasmado en la Declaración de los derechos del niño del 59 y luego, en el preámbulo de la Convención que, en su párrafo 9, señala: “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los derechos del niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” .

En cuanto al carácter no absoluto del principio, ello se advierte de el mismo texto de la Convención, al señalar que el interés superior del niño será “una consideración primordial”. De esta manera, en la identificación del interés superior del niño, es posible advertir la existencia de otros intereses de terceros o del propio niño, que obligue a una ponderación entre ellos, y el interés superior del niño será uno de los que se deberá tomar en consideración²⁸.

En cuanto al carácter de ser un concepto jurídicamente indeterminado, existe consenso en la doctrina de que no es posible dar una definición concreta y única aplicable a todos los casos del principio, debido a la heterogeneidad de sus titulares, ya que puede referirse a un solo niño o a un colectivo más o menos amplio, pero además porque todos los niños tienen necesidades diferentes en función de las características que a cada uno lo rodean, por ejemplo un niño

²⁶ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

²⁷ Carmona (2011), p. 107.

²⁸ Carmona (2011), p. 109.

huérfano, discapacitado, refugiado, soldado o víctima de un conflicto armado, indígena, víctima de abusos sexuales o escolares, hijos de padres separados²⁹. Asimismo, los niños poseen una madurez distinta de acuerdo con su edad, ante lo cual requieren respuestas variadas. Por ello, no existe una fórmula única para resolver los asuntos concernientes a los niños, sino que es necesario resolverlos *in concreto*. Señala Torrecuadrada, más que el concepto mismo de interés superior del niño es necesario determinar la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación³⁰.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño en la Observación general número 14, en que señala que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general.

Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores³¹.

Agrega el Comité una lista de elementos que deben tomarse en consideración y que deben orientar la toma de decisiones respecto de las esferas específicas que afectan a los niños, de manera de “garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la convención y su desarrollo holístico”³². Estos elementos son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado la protección y la seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad del niño, el derecho a la salud y el derecho del niño a la educación³³.

Por último, que el principio del interés superior del niño tenga un carácter dinámico, por cuanto abarca distintos temas alusivos a los niños, que se encuentran en constante evolución. Así lo establece la Observación general número 14³⁴ y la interpretación que ha hecho la jurisprudencia del presente principio que será desarrollada más adelante. Esta es la interpretación que la Corte Interamericana de derechos humanos denomina interpretación

²⁹ Torrecuadrada (2016), pp. 140-141.

³⁰ Torrecuadrada, (2016), p. 141.

³¹ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 48.

³² CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 51.

³³ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerandos 53-79.

³⁴ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 11.

evolutiva de los instrumentos internacionales de protección, que describe en la Opinión consultiva número 16 de la siguiente manera:

[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales³⁵.

3) La Convención utiliza la expresión “en todas las medidas” que, como señala el Comité de derechos del niño en la Observación general número 14, incluye cualquier acto, conducta, propuesta, servicio, procedimiento o cualquier otra medida que concierna al niño. Agrega que la expresión incluye, las medidas legislativas, las decisiones políticas, las medidas administrativas, etc. Por último señala la referida Observación general número 14, que el término “medida” no exige una acción, sino también una omisión, como ocurre cuando las autoridades administrativas deciden no actuar frente una determinada situación³⁶.

Del mismo modo, la expresión “concernientes a los niños”, debe interpretarse de manera amplia, como señalan Ravetllat y Pinochet, ya sea se trate de un niño, de un grupo de niños o de los niños en general, y a otros actos que repercutan en la infancia y la adolescencia, considerada de manera individual o colectiva³⁷. Por último, al referirse a “los niños”, señala el Comité en la Observación general número 14, que el interés superior se concibe en la Convención como un interés colectivo, pero también como un derecho individual. Para Ravetllat y Pinochet, esta es la demostración de que el precepto pretende ofrecer una imagen global de la infancia, como infancia y no centrarse en casos particulares³⁸.

4) Sujetos a los que este principio impone obligaciones. La misma norma enumera los sujetos que resultan obligados por el principio, esto es, “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, sin embargo, como advierten Ravetllat y Pinochet, guarda silencio respecto de los progenitores y de los guardadores del niño, lo que resulta al menos curioso, teniendo presente que la Convención establece un verdadero reparto de funciones respecto de la tutela del niño, entregando al Estado sólo un rol subsidiario.

³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, de 01.10. 1999, Serie A, n. 16, párr. 114.

³⁶ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 17.

³⁷ Ravetllat y Pinochet (2015), p. 912.

³⁸ Ravetllat y Pinochet (2015), p. 912.

En la Observación general número 14, el Comité ha aclarado que, si bien el artículo 3 párrafo 1 de la Convención no menciona explícitamente a los padres, el interés superior del niño será “su preocupación fundamental”, de conformidad a lo establecido en el artículo 18, párrafo 151. Una interpretación que concilie ambos preceptos nos lleva a la conclusión de que los padres también están obligados por esta norma, aunque como destaca Ravetllat y Pinochet³⁹ los roles parentales no suponen una facultad absoluta, sino que se encuentran limitados por este mismo principio. Una interpretación contraria nos haría volver a la época en que los niños eran considerados como propiedad de sus padres y estos tenían amplias facultades respecto de los niños, a los que se les consideraba seres imperfectos, con carencias y deficiencias, incapaces de regirse por sí mismos.

En este sentido, se ha pronunciado la CIDH en Opinión consultiva número 14, realizando una interpretación que concilia este principio y la norma contenida en el artículo 19 de la Convención Americana, señalando:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁴⁰.

Y en Opinión consultiva número 21 ha señalado:

[L]a familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado⁴¹.

5) El interés superior del niño será “una consideración primordial”. Señalan Ravetllat y Pinochet⁴², el borrador inicial del proyecto propuesto por Polonia, contenía la expresión “la consideración primordial” (*the paramount consideration*), ante lo cual se alzaron voces a favor y en contra de esta redacción. Según indica Carmona⁴³ esta redacción permitía que la Convención fuera compatible con otros instrumentos internacionales, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar

³⁹ Ravetllat y Pinochet (2015), p. 914.

⁴⁰ Corte IDH, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 66.

⁴¹ Corte IDH, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

⁴² Ravetllat y Pinochet (2015), p. 914.

⁴³ Carmona (2011), p. 109.

de los niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional.

Ante esto, los representantes de los Estados que se oponían a esta redacción, liderados por Estados Unidos, entendían que dichos instrumentos eran de aplicación más restringida, respecto de los cuales debía predominar el interés del menor por encima de cualquier otra alegación o interés existente⁴⁴. Finalmente, primó la postura norteamericana que es más flexible en atención a que el interés superior del niño no tiene un carácter absoluto, y como señala Carmona, a veces puede verse enfrentado a intereses de terceros que pudieran prevalecer, o incluso intereses de otro niño, que obligase a una adecuada ponderación⁴⁵.

Por último, el calificativo de “primordial”, impone la obligación de determinar ante cualquier circunstancia, y en su caso, hacer primar el interés superior del niño, por cuanto pueden coexistir coetáneamente distintos intereses respecto del niño, pero se debe determinar en cada caso, cual de esos posibles intereses es el principal, el más importante para el niño⁴⁶.

C. DERECHO A LA VIDA, A LA SUPERVIVENCIA Y AL DESARROLLO⁴⁷

Este es un principio que se ha sido elevado a la categoría de norma de *ius cogens*, por el Comité de Derechos Humanos y constituye lo que se ha denominado “núcleo duro” de los derechos humanos, esto es, aquellos que no pueden ser objeto de derogación en ninguna circunstancia⁴⁸.

El derecho a la vida es declarado por la convención como un derecho inherente al niño, términos que emplea el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aunque llama la atención la redacción del artículo 6 de la Convención que parece obligar solo al Estado, mientras que en otros instrumentos internacionales se hace referencia a “toda persona” o a “todos”.

En cuanto a la cuestión de determinar desde cuando se entiende que el niño tiene derecho a la vida, la Convención no adopta una posición clara en relación al momento inicial de la vida del niño. Por un lado, se mantuvo la fórmula de la Declaración de 1959, en cuanto a que el niño

⁴⁴ Ravetllat y Pinochet (2015), pp. 914 y 915.

⁴⁵ Carmona (2011), p. 109.

⁴⁶ Carmona, (2011), p. 110.

⁴⁷ Artículo 6.

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

⁴⁸ Carmona (2011), p. 111.

requiere protección y cuidados antes de su nacimiento, de conformidad al párrafo 9 del preámbulo, pero al definir niño en el artículo 1, se refiere a todo “ser humano menor de 18 años”.

Del mismo modo, en la Convención también es posible encontrar una disposición que se refieren a la protección del niño antes de su nacimiento. En efecto el artículo 24, bajo el enunciado “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, agrega en el número 2, que los Estados asegurarán la plena aplicación de este derecho y adoptarán las medidas apropiadas para, letra “d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”. Para Carmona, este será un derecho fundamental para interpretar los otros dos derechos que consagra el artículo 6 y que se interrelacionan con el derecho a la vida: el derecho a la supervivencia y al desarrollo⁴⁹.

Por último, otra manifestación del derecho a la vida del niño es la prohibición de aplicar la pena de muerte a menores de 18 años, contenida en el artículo 37 letra a)⁵⁰. La discrecionalidad que ofrece el artículo 1 a las legislaciones nacionales para determinar la mayoría de edad, se ve limitada, en el artículo 37, al menos en lo relativo a la pena de muerte, ya que de conformidad a este artículo no es posible su imposición a menores de 18 años.

En cuanto a la supervivencia y desarrollo del niño, en el Grupo de trabajo se discutió el alcance de estos términos, para lo cual la Organización mundial de la salud, señaló que la supervivencia engloba cuestiones como la vigilancia del crecimiento, la rehidratación oral, la lucha contra las enfermedades, el amamantamiento materno, la vacunación, el esparcimiento de los nacimientos, la alimentación y la educación de mujeres⁵¹.

Del mismo modo, debemos señalar que el Comité de Derechos del Niño ha interpretado este principio en la Observación general número 4, en la que desarrolla las ideas de "salud y desarrollo" en un sentido más amplio que el estrictamente derivado de las disposiciones del artículo 6, como la alta tasa de suicidios, abuso, descuido, violencia y explotación⁵².

⁴⁹ Carmona (2011), p. 121.

⁵⁰ Artículo 37.

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

⁵¹ Carmona (2011), p. 124.

⁵² CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003.

Por su parte, en la Observación General número 6, individualiza las causas que podrían poner en peligro la vida de los niños, tales como en el párrafo 23, en el que señala como riesgos que afecta a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño “la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte”. Luego en el párrafo 28 se refiere al “reclutamiento de menores en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades”, y en el párrafo 52, la trata de niños, como circunstancias que ponen gravemente en riesgo este derecho⁵³.

D. DERECHO DEL NIÑO A EXPRESAR SU OPINIÓN Y A QUE SEA TOMADA EN CUENTA EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LES AFECTEN Y A SER ESCUCHADO EN TODO PROCEDIMIENTO⁵⁴

El Comité de derechos del niño ha identificado en el artículo 12, uno de los principios fundamentales de la Convención, en cuanto exige una transformación del enfoque tradicional, — paternalista- asistencial— en el que los niños tienen un papel de receptores pasivos del cuidado protector de los adultos⁵⁵. En efecto, en esta nueva concepción del niño, es considerado como un individuo independiente, poseedor de sus propias opiniones, las que, de acuerdo con su edad y madurez, deberán ser tomadas en cuenta⁵⁶.

Como es posible advertir de la lectura del artículo 12, este artículo consagra derechos e impone obligaciones a los Estados en un doble ámbito: primero, se garantiza el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño; y segundo, como corolario del anterior, el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento que le afecte. Como señala Carmona⁵⁷, el primer párrafo establece la idea general, mientras que el segundo, contiene la manifestación más concreta de su aplicación, la necesidad de escuchar al niño en todo procedimiento que le afecte. A ello se suma, el desarrollo y concreción en otras disposiciones de la Convención como detallaremos a continuación.

⁵³ CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

⁵⁴ Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

⁵⁵ Lansdown (2005), p. 20.

⁵⁶ Carmona (2011), p. 126.

⁵⁷ Carmona (2011), p. 126.

El derecho reconocido en el artículo 12 dice relación con la libre expresión por parte del niño de su opinión en todos los asuntos que le conciernan y la obligación de prestarle atención. Eso sí el ejercicio de este derecho se encuentra limitado o condicionado a ciertas circunstancias que dicen relación con la capacidad del niño para ejercerlo, la obligatoriedad o no de su ejercicio y la consideración que los terceros presten a ella.

Si bien es cierto, la Convención recoge el derecho a la libre expresión en el artículo 13, ambos artículos se encuentran íntimamente relacionados entre sí, pero coexisten de manera autónoma y, por lo mismo, deben ser interpretados entendiendo que el artículo 13 reconoce la libertad de expresión de manera general, mientras que el artículo 12 lo hace en relación a los asuntos que afectan al niño, haciendo hincapié en el derecho a ser escuchado y que se tomen en cuenta sus opiniones⁵⁸. De esta manera la libertad de expresión contenida en el artículo 13, puede ser restringida únicamente en el caso que la ley lo prevea y sea necesario para respetar otros derechos o para proteger la seguridad nacional o el orden público o la salud o la moral. El artículo 12, en cambio, beneficia directamente al niño que es capaz de formarse su propia opinión y su derecho a que dicha opinión sea tomada debidamente en cuenta, cuando afecta a asuntos de su interés.

A continuación, se precisa el derecho a la libre expresión en el sentido que se refiere a todos los asuntos que afectan al niño e impone la obligación de tener debidamente en cuenta sus opiniones, cuya observancia queda condicionada a la edad y a la madurez del titular de dicho derecho⁵⁹. En este mismo sentido, la Observación general número 12, que precisa además que estas disposiciones imponen la obligación a los Estados de introducir un marco jurídico y establecer los mecanismos de participación activa del niño en las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas, circunstancias que no exige el artículo 13⁶⁰. De esta manera, señala Carmona, mientras la libertad de expresión se reconoce a todo niño capaz de formarse su propio juicio, la obligación de tener en cuenta su opinión queda estrechamente vinculada a la edad y madurez del niño, lo que dice relación con la “evolución de las capacidades del niño”, que contempla el artículo 5 de la Convención⁶¹.

⁵⁸ Hodgkin y Newell (2004), p. 151.

⁵⁹ Carmona (2011), p. 129.

⁶⁰ CRC/C/GC/12 de 20 de junio de 2009.

⁶¹ Carmona (2011), p. 129.

Señala Lansdown⁶², que mientras el artículo 12 establece la posibilidad de que el niño exprese libremente su opinión y que esa opinión sea debidamente tomada en cuenta, el artículo 5 destaca el papel de los padres y otras personas encargadas de su cuidado para que impartan dirección y orientación al niño, de modo que sea capaz de ejercer sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades.

De esta manera, los adultos delegan la responsabilidad de tomar decisiones en los niños, a medida que estos desarrollan las competencias y la voluntad de asumir dicha responsabilidad⁶³. Para Carmona, ello no significa que las responsabilidades, derechos y obligaciones de los padres o de las personas que se encuentran a su cuidado sean restringidas o minusvaloradas por la Convención, sino que dice relación con la nueva concepción del niño como sujeto activo y participe de sus relaciones sociales y en la esfera privada. Ello se desprende de la relación de los artículos 5, 6, 14.2 y 18 de la Convención⁶⁴.

En cuanto a la obligación de escuchar al niño en todo procedimiento, se refiere a cualquier procedimiento que le afecte, esto es, judicial, administrativo, disciplinario, etc., en que los intereses del niño se vean afectados, tal como lo señala la Observación general número 12. Este artículo se relaciona, además, con el artículo 9.2 que se refiere al procedimiento entablado en relación a la separación del niño de sus padres, donde todas las partes interesadas tendrán derecho a participar en él y a expresar su opinión. Aunque no menciona al niño, es evidente que está en el espíritu de la Convención incluirlo, de acuerdo con la edad y madurez que establece el artículo 12⁶⁵.

Del mismo modo, se refieren a este derecho, los procedimientos relativos a malos tratos, abuso o explotación del niño, contenidos en los artículos 9 y 19 de la Convención; la adopción, contenida en el artículo 21; la obtención del estatuto de refugiado, del artículo 22 de la Convención; procedimientos laborales del artículo 32; y la jurisdicción penal de menores de los artículos 37 y 40⁶⁶.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que consagrando los principios rectores de la Convención en la nueva Constitución se garantizaría en gran medida el ejercicio de derechos específicos por parte de los niños, pero además, debido a lo amplio de su formulación,

⁶² Lansdown (2005).

⁶³ Lansdown (2005), p. 20.

⁶⁴ Carmona (2011), p. 131.

⁶⁵ Carmona (2011), p. 132.

⁶⁶ Carmona (2011), pp. 132-133.

permitirían la protección de colectivos especialmente vulnerables o multivulnerables, tales como las niñas, los niños indígenas o pertenecientes a pueblos originarios, los niños en situación de discapacidad, los niños en situación de migración, etc.

3. Propuestas para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de los niños en la nueva Constitución. Experiencia comparada

Como se señaló, la Constitución chilena, a diferencia de otras legislaciones, no reconoce al niño como titular de derechos específicos, sin embargo, es indiscutible que en nuestra legislación son considerados como sujetos de derechos gracias a la ratificación por parte del Estado de Chile de la Convención de derechos del niño. Desde la ratificación de dicha Convención, Chile ha adecuado la legislación a la CDN ya que el Comité de derechos del niño —órgano de control de la Convención— en sus observaciones⁶⁷ ha constatado la violación grave y sistemática de los derechos enunciados por la Convención. De esta manera Chile debió reformar el sistema judicial de menores de tal manera que en el año 2007 se dicta la Ley de responsabilidad Penal adolescente. Del mismo modo, el Comité advirtió que en Chile no existía un sistema integrado de justicia de familia e infancia, tras lo cual se crearon los Tribunales de familia y se adecuaron las distintas normativas, entre ellas la Ley de Matrimonio Civil, Filiación y de Violencia Intrafamiliar.

A pesar de ello, subsisten problemas de interpretación respecto de ciertos principios de carácter abstracto e indeterminados, como señala Isaac Ravetllat⁶⁸ al referirse al principio del interés del superior del niño. A modo de ejemplo el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 24 de febrero de 2012, en el considerando 109, la Corte IDH constató que la interpretación del principio no puede basarse en especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los padres o del concepto tradicional de familia⁶⁹.

De esta manera, si bien en Chile se han producido avances respecto de la consideración del niño como sujeto de derechos, y se ha adecuado la legislación a los estándares internacionales en la materia, resulta necesario incorporar los derechos de los niños a la nueva Constitución y así armonizar las normas nacionales e internacionales en la materia y, además, garantizar su

⁶⁷ El Comité de derechos del niño ha presentado 4 observaciones a los informes presentados por Estado de Chile de conformidad a las atribuciones que le entrega el artículo 44 de la CDN. Estos son CRC/C/15/Add.22 22 de abril de 1994; CRC/C/15/Add.173 3 de abril de 2002; CRC/C/CHL/CO/3 23 de abril de 2007 y CRC/C/CHL/4-5 de 30 de octubre de 2015.

⁶⁸ Ravetllat y Pinochet (2015), pp. 903 y siguientes.

⁶⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012.

efectiva protección. En efecto, los derechos fundamentales desprovistos de garantías específicas para su debida protección, es decir, “un derecho formalmente reconocido, pero no justiciable”, en palabras de Danilo Zolo, sería un “derecho inexistente”⁷⁰ y según Ferrajoli “un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”⁷¹.

1) Reconocimiento de derechos específicos de los niños en Constituciones americanas.

Las Constituciones americanas adoptan distintas fórmulas para reconocer los derechos de los niños.

Las Constituciones de la década del 90 optan por una postura proteccionista tradicional, reconociendo los derechos del niño como un objeto de protección y no como sujeto de derechos.

La Constitución política del Perú⁷² de 1993, opta por la protección del niño dentro de los colectivos vulnerables al consagrar en su artículo 4: “Protección a la familia. Promoción del matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Como es posible advertir, la fórmula que utiliza la Constitución del Perú es proteccionista y parece amparar sólo al niño en el contexto familiar.

La Constitución de Brasil⁷³ de 1988, opta por una fórmula genérica y proteccionista de los derechos del niño y establece en el 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.

La Constitución Política de Colombia de 1991⁷⁴, también adopta la postura proteccionista tradicional al establecer en el artículo 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

⁷⁰ Citado por Ferrajoli (1999), p. 44.

⁷¹ Ferrajoli (1999), p. 59.

⁷² [Disponible en: <https://bit.ly/3r1Zmdj>].

⁷³ [Disponible en: <https://bit.ly/3rBV6fC>].

⁷⁴ [Disponible en: <https://bit.ly/3rBZpax>].

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.

Otras Constituciones más modernas optan por el reconocimiento de derechos específicos a los niños, con una visión intermedia entre el proteccionismo tradicional y el liberacionismo, más cercana a la postura que adopta la Convención de derechos del niño e incorporan con rango Constitucional la Convención de derechos del niño y los tratados internacionales sobre la materia.

La Constitución Política de la República del Ecuador⁷⁵ del año 2008, que es una constitución extensa de 444 artículos, declara en el artículo 35

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Luego en el artículo 44, consagra derechos específicos para los niños al señalar:

(1) El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (2) Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivoemocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Por su parte en el artículo art. 45:

(1) Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. (2) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y

⁷⁵ [Disponible en: <https://bit.ly/3tPx0FO>].

nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁷⁶ reconoce los derechos de los niños en el artículo 78 señala:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

2) Garantías para la protección de derechos de los niños en la nueva Constitución.

Por último, para garantizar los derechos enunciados, parece fundamental incorporar en la nueva Constitución, una Política nacional de la infancia y adolescencia y al mismo tiempo, otorgarle a la Defensoría de la Niñez, rango constitucional. En cuanto a la Política Nacional de la infancia y adolescencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en Informe denominado *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, con el fin de garantizar los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, ha recomendado que los Estados cuenten con una Política Nacional, que de manera complementaria, contribuya a formular e implementar la necesidad de protección de los distintos colectivos de niños, de conformidad a los estándares internacionales en la materia. De esta manera, a través de un órgano integral, intersectorial y participativo, se puede contar con políticas sociales básicas o universales, políticas de desarrollo social o bienestar social, políticas de protección especial y políticas de defensa jurídica, exigibilidad y garantía de derechos⁷⁷. De esta manera, se puede garantizar la efectividad de derechos reconocidos en los distintos instrumentos nacionales e internacionales sobre la niñez y la adolescencia.

Respecto de la Defensoría de la niñez, si bien este organismo fue creado por la Ley 21.067 de 22 de enero de 2018, como plantea Ravetllat lo ideal es que sea un ente de rango Constitucional ya que dicho reconocimiento “confiere a la institución cierto estatus y legitimidad, así como resalta su consideración como un pilar del sistema estatal”⁷⁸. Señala Ravetllat que, además, esta entidad debería ser dotado de autonomía e independencia, representar las voces y visiones de

⁷⁶ [Disponible en: <https://bit.ly/3f03Yck>].

⁷⁷ Informe CIDH. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 (2017), p.46.

⁷⁸ Ravetllat (2017), p. 31.

los niños y adolescentes, promocionar entornos amigables con la infancia y adolescencia, velar por el interés superior del niño y con presupuesto estable propio. Además, señala que la persona que ejerza el cargo debe estar dotado de *auctoritas* —idoneidad, prestigio y despolitización de la persona que ocupe el cargo— y cuyo nombramiento sea realizado por el presidente de la República a propuesta del Congreso⁷⁹. Estos parámetros, que a grandes rasgos son los que consagra la Ley que crea la defensoría de la niñez, deben mantenerse, pero otorgándole rango constitucional a la Defensoría de la niñez, por las razones ya expuestas.

De todo lo anterior se colige que la jurisprudencia, la doctrina y el Comité de derechos del niño han desarrollado los principios rectores de la CDN, por lo que la incorporación de derechos específicos de los niños en la Constitución al menos debería considerar dichos principios rectores. Pero además de estos principios que pueden ser desarrollados a través de una interpretación evolutiva y progresiva, propia de los derechos fundamentales, es de suma importancia tener un sistema que garantice la efectiva protección de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre niñez y adolescencia, por lo cual se formula la siguiente propuesta.

Propuesta concreta de artículo para la nueva Constitución

ARTÍCULO XXX.

1. Derechos de los niños:

a. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos que pueden ejercer de conformidad a la evolución de sus facultades o autonomía progresiva y a lo que consagran la Constitución, la Convención sobre derechos del niño y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El poder ejecutivo, legislativo y judicial y todos los órganos del Estado velarán por el pleno respeto de los derechos de los niños consagrados en la Constitución, en la Convención sobre derechos del niño y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Para garantizar la exigibilidad y acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes 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 efectos⁸⁰;

⁷⁹ Ravetllat, Isaac (2017), pp. 285-295.

⁸⁰ Según recomienda Informe CIDH. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 (2017), p. 117.

b. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos humanos reconocidos a todas las personas, además de los específicos que consagra la presente Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, 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. El estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes, en especial de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o desventaja en el ejercicio de sus derechos⁸¹;

c. Los niños niñas y adolescentes tienen el derecho a la vida y a su desarrollo integral en los distintos contextos culturales en los que se desenvuelvan, y el Estado, sociedad y familia garantizarán su cuidado y protección;

d. Los niños niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento que le afecte, de conformidad a lo establecido en la legislación, en la Convención sobre derechos del niño y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. 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 cuenta⁸²;

e. En todas las medidas concernientes a niños, niñas y adolescentes, ya sean de índole legislativa, administrativa, judicial, presupuestaria, entre otras, el interés superior del niño será una consideración primordial. A tal fin, cualquier decisión que se adopte sobre el o los niños, debe ser debidamente motivada, justificada y explicada⁸³;

f. El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas normativas, administrativas, económicas y de cualquier índole, para fortalecer la familia, como elemento principal de protección y cuidado del niño⁸⁴.

⁸¹ Según recomienda Informe CIDH. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 (2017), p. 117.

⁸² Según recomienda Informe CIDH. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 (2017), p. 125.

⁸³ Según recomienda Informe CIDH. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 (2017), pp. 131-135.

⁸⁴ Según recomienda Informe CIDH. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 (2017), p. 1153.

2. Política nacional de la infancia y adolescencia. Con el fin de proteger y promover los derechos enunciados en la Constitución, en los tratados internacionales que se refieran a niños niñas y adolescentes, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y en la legislación nacional, el Estado deberá proveer cada 10 años de una política nacional para la niñez y la adolescencia, a través de un órgano de carácter integral, multisectorial y participativo, que permita la coordinación entre las distintas entidades y que promueva una institucionalidad de protección y promoción de los derechos de la infancia en Chile. Este órgano será presidido por el presidente de la República e integrado por el Servicio Nacional de Protección especializada de la niñez y adolescencia, la Defensoría de la niñez, y órganos que tengan por finalidad la protección de los derechos de los niños, los distintos Ministerios, órganos del Estado y promoverá la participación ciudadana, y que, a través del diálogo, contribuirá al diseño y construcción de políticas públicas sobre infancia y adolescencia. Para tal efecto, conformarán mesas técnicas para la implementación del sistema y, una vez al año, deberá dar cuenta de las medidas y/o políticas públicas en materia judicial, legislativa, administrativa, presupuestaria o de cualquier otra índole que se han implementado o que deban implementarse para dar efectiva protección a los derechos garantizados en la Constitución, leyes y tratados internacionales referidos a la niñez y adolescencia, de manera de hacer seguimiento y monitoreo al sistema.

3. Defensoría de los derechos de la niñez. La defensoría de los derechos de la niñez es un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio que tendrá por objeto la promoción, la protección y la difusión de los derechos de que son titulares los niños, como asimismo, velará por el acceso a la justicia de niños niñas y adolescentes, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional. El Defensor de la Niñez⁸⁵, en adelante "el Defensor", será el director y representante legal de la Defensoría y estará encargado de dirigirla y administrarla. El Defensor será designado por acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, a propuesta uninominal de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de dicha Corporación, para lo cual ésta deberá establecer un procedimiento que asegure la observancia de los principios de publicidad, transparencia, idoneidad y no discriminación arbitraria. Asimismo, le corresponderán todas las atribuciones entregadas a la Defensoría de los Derechos de la Niñez, por la Ley orgánica Constitucional que se dicte a este

⁸⁵ Se sugiere mantener designación y funciones establecidas en Ley 21.067 que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, que se puede elevar a rango de Ley Orgánica Constitucional para estos efectos.

efecto, entre las que deberá incluirse, la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños, la interposición de acciones y querellas para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, requerir informes o antecedentes a órganos de la administración del estado o personas que deban promover y proteger los derechos de la infancia, visitar centros de privación de libertad, centros residenciales o cualquier otra institución, para evitar la vulneración de los derechos de los niños, denunciar vulneración de los derechos del niño, emitir informes y recomendaciones, participar de las políticas públicas en las que se tenga en consideración los derechos del niño, niña o adolescente, en especial de la política nacional para la niñez y la adolescencia, entre otras funciones que se determinen en la Ley respectiva.

Bibliografía citada

Bobbio, Norberto (1991): *El tiempo de los Derechos* (España, Editorial Sistema DL).

Baratta, Alessandro (1995): *Situación de la protección de los Derechos del niño*. [Disponible en: <https://bit.ly/3GwOCnY>].

Bayefsky, Anne (1990): "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional", en *Human Rights Law Journal* (Vol. 11, N° 1-2), pp. 1-34.

Cea Egaña, José Luis (1997): "Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República", en *Ius et Praxis* (Vol. 2, N° 2), pp. 81- 92.

Carmona Luque, María del Rosario (2011): *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Madrid, Editorial Dykinson).

Cillero-Bruñol, Miguel (1998): *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en Emilio García- Méndez & Mary Belloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, (Bogotá, Buenos Aires Ediciones Temis, Ediciones Desalma) pp. 69-85. [Disponible en: <https://bit.ly/3dE2r7E>].

Ferrajoli, Luigi (1999): *Derechos y Garantías. La Ley del más débil* (Madrid, Editorial Trotta).

Hierro Sánchez-Pescador, Liborio (1991): "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre derechos del niño", en *Revista de educación* (N° 294), pp. 221-233.

Hodgkin, R. y Newell, P. (2004): *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Ginebra, UNICEF).

Lansdown, Gerison (2005): *La evolución de las facultades del niño*. Save the Children y UNICEF. [Disponible en: <https://bit.ly/3GxwZ7n>].

Nogueira Humberto (2017): “La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 23, Nº 2), pp. 415-462.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (1993): *Derecho y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Ravetllat Balleste, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto (2015): “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, en *Revista chilena de derecho* [online] (Vol.42, Nº.3), pp.903-934. [Disponible en: <https://bit.ly/3GCcIxQ>].

Ravetllat Balleste, Isaac (2017): “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, en *Estudios constitucionales* [online] (Vol.15, Nº1), pp.255-306. [Disponible en: <https://bit.ly/31FOC6w>].

Torre Cuadrada García Lozano, Soledad (2016): *El interés superior del niño* (México, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM). [Disponible en: <https://bit.ly/3IIGFOj>].

Normas jurídicas citadas

Decreto 100 Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política De La República De Chile. Diario oficial de 25 de septiembre de 2005.

Ley Nº 21.067 que crea la Defensoría de los derechos de la niñez. Diario Oficial de 22 de enero de 2018.

Decreto 830 que Promulga Convención sobre los Derechos Del Niño. Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990.

Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17, 30 de noviembre de 2017. [Disponible en: <https://bit.ly/33kR3M9>].

Jurisprudencia citada

Sentencia Tribunal Constitucional: Rol 1288-2009, de 25 de agosto de 2009.

Sentencia Tribunal Constitucional: Rol 8792-20, de 29 de enero de 2021,

Corte IDH: Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001.

CIDH: Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.

Resoluciones de organismos internacionales

Comité de Derechos del Niño: Observación general número 14, de 21 de mayo de 2013.

Comité de Derechos del Niño: Observación general número 12, de 20 de junio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-16/99, de 01 de octubre de 1999, Serie A.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.