

DOCUMENTO DE TRABAJO N°2
CONTENIDOS CONSTITUCIONALES DE RELEVANCIA PARA NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES

La presente minuta tiene por objeto desarrollar, acorde a los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño, qué temáticas son relevantes de incorporar en la propuesta constitucional que elabore la Convención Constitucional para el pleno ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Contenido

I. Introducción	1
II. Contenidos constitucionales generales de relevancia para Niños, Niñas y Adolescentes.....	2
III. Contenidos constitucionales específicos de relevancia para Niños, Niñas y Adolescentes.....	2
IV. Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Constitución	4

I. Introducción

En un hecho histórico, Chile se dotará -por primera vez- de un nuevo texto constitucional a través de un proceso constituyente en el que la Convención Constitucional tiene el mandato de presentar una propuesta constitucional al país para someterla a aprobación mediante un plebiscito.

El contenido de una constitución tiene múltiples impactos en el ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y de ahí la relevancia que, en su calidad de norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, esta respete y garantice estos derechos de manera coherente con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Para Unicef, como agencia de Naciones Unidas con mandato específico en promover los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y asesorar a los Estados para dicho objetivo, es relevante que la nueva constitución recoja los estándares normativos establecidos en la CDN. Esto no solamente en virtud de las obligaciones internacionales que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la misma CDN, sino que también porque NNA históricamente han sido excluidos de los textos constitucionales, existiendo un desafío al respecto.

Por lo mismo, la presente minuta es un punto de partida de temáticas de interés constitucional para el respeto y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes y sobre los cuales Unicef queda a total disposición para profundizarlos y prestar la asesoría técnica que la Convención Constitucional estime pertinente.

De este modo, la presente minuta parte explicando temáticas generales de interés en materia de derechos humanos, los que obedecen a aspectos estructurales, para luego desarrollar temáticas específicas de impacto directo en los derechos de NNA. Finalmente, se desarrollan algunos derechos cuyo pleno y libre ejercicio resulta fundamental para niños, niñas y adolescentes en concordancia con la CDN.

II. Contenidos constitucionales generales de relevancia para Niños, Niñas y Adolescentes

Las temáticas generales de interés responden a la lógica que, para una plena eficacia de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la nueva constitución no solo debe integrar los estándares normativos de la CDN, sino que el mismo texto debe ser pensado armónica y sistemáticamente desde una perspectiva de derechos humanos. En tal sentido, los siguientes aspectos son relevantes desde esa perspectiva:

1. Determinación de un *bloque de constitucionalidad*: Por bloque de constitucionalidad se entiende la forma en que el texto constitucional integra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, es importante que esta recepción constitucional sea más robusta que la regulación constitucional actual en este ámbito, permitiendo una mayor integración de los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la CDN, al derecho nacional y reforzando su carácter vinculante para el Estado.

2. Reconocimiento integral de la igualdad y no discriminación: Es importante que la consagración del principio de igualdad y no discriminación sea no solo en su dimensión formal (*todas las personas son iguales ante la ley*), sino que principalmente en su dimensión material, es decir, obligando al Estado a identificar y eliminar aquellos obstáculos que en la práctica impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos. En otras palabras, no solo importa reconocer formalmente la igualdad, sino que también se requiere entregar un mandato constitucional al Estado para que elimine los obstáculos sociales, económicos, políticos y culturales que impiden una igualdad de trato, especialmente hacia grupos en situación de vulnerabilidad, dentro de los cuales niños, niñas y adolescentes forman parte.

III. Contenidos constitucionales específicos de relevancia para Niños, Niñas y Adolescentes

1. Niños, Niñas y Adolescentes como titulares de derechos: Una de las materias centrales de la CDN es reconocer a niños, niñas y adolescentes como personas sujetas de derechos y, como tales, la nueva constitución debe integrar explícitamente a este grupo como titulares de derechos. Esto no solamente por motivos de visibilización, sino que también para remarcar las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad frente a niños, niñas y adolescentes, tanto en la promoción como protección de sus derechos.

2. Interés superior: Acorde al artículo 3 de la CDN, “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”. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este interés superior tiene una triple dimensión.

¿Qué implica el interés superior?

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14

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

3. Deber de promoción y protección de los derechos de NNA: acorde a la CDN, el Estado, la sociedad y la familia tienen un rol central en respetar y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes. La crítica situación que este grupo vive en diversos ámbitos en el país, como es respecto de aquellos que se encuentran institucionalizados, y la vulneración a un conjunto de derechos humanos, plantea la necesidad de que la propuesta constitucional integre los deberes de promover y proteger los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

El Comité [de Derechos del Niño] evalúa la gravedad de las violaciones en Chile a la luz del daño y sufrimiento experimentados por los NNA en el sistema residencial del SENAME. Las vulneraciones de derechos afectaron a miles de NNA que entraron en los hogares, en todo el territorio del país y durante un periodo de tiempo, que se prolonga hasta hoy [2018]. Las violaciones encontradas son de una naturaleza amplia y su impacto se estima de largo plazo.

[...]

La naturaleza sistemática de las violaciones se debe, por un lado, a la continuada existencia de un sistema de protección basado en una visión asistencialista y una lógica paternalista del Estado y, por otro, a la inacción e incapacidad reiteradas de cambiar leyes, políticas y prácticas que se conocían, a través de varios informes de las autoridades, como repetidamente vulneradoras de derechos de los NNA bajo la tutela del Estado

Comité de Derechos del Niño, Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, párrafos 114 y 115.

4. La familia como institución base de la sociedad: en la arquitectura de la CDN no solo el Estado es sujeto de obligaciones sobre niños, niñas y adolescentes, sino que también son relevantes la sociedad y la familia. Esta última ha sido una institución típicamente regulada a nivel constitucional porque ocupa un lugar relevante en el tejido de una sociedad. Por lo mismo, es importante que el reconocimiento de la familia en la nueva constitución se desarrolle desde una perspectiva de infancia y sin discriminar entre tipos de familia.

El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párrafo 15.

IV. Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Constitución

El reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, debe ir de la mano con el establecimiento de derechos específicos en razón de su etapa de crecimiento, maduración y desarrollo que les caracteriza. Si bien este catálogo de derechos puede quedar reconocido de diversas formas, es posible identificar ejemplos de derechos cuya constitucionalización es relevante¹.

1. Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC): el pleno ejercicio de los derechos humanos involucra, desde una perspectiva interdependiente, el respeto y garantía de los DESC, entendiendo que estos cumplen un rol vital para establecer condiciones de vida que sean dignas e igualitarias en su acceso (vivienda, alimentación, educación, salud, entre otros), especialmente para niños, niñas y adolescentes.

El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado[,] el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 81

¹ Cabe señalar que cada uno de los derechos mencionados presentan un desarrollo normativo mayor, por lo que solo se expone su contenido general. Esto no obsta que, si es de interés durante el proceso constituyente, Unicef puede desarrollar estos en mayor profundidad.

2. Educación: dentro de los DESC, un derecho de especial importancia para niños, niñas y adolescentes es el derecho a la educación, el que está consagrado en los artículos 28 y 29 de la CDN y en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de Naciones Unidas y que tiene por fin principal el pleno desarrollo de la persona humana de manera tal que pueda desenvolverse dentro de la comunidad.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, El derecho a la educación, párrafo 1

3. Vida libre de violencia: El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo son pilares de la CDN. En tal sentido, el artículo 19 de este tratado internacional establece que los Estados deben “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general. Las investigaciones muestran que los niños que no han sufrido violencia y crecen en forma saludable son menos propensos a actuar de manera violenta, tanto en su infancia como al llegar a la edad adulta

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 13, El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párrafo 14

4. Derecho a ser oído: históricamente se ha marginado a niños, niñas y adolescentes de los procesos de toma de decisión, sean estos administrativos, judiciales, legislativos o de otra naturaleza. Esto pese a que el artículo 12 de la CDN reconoce el derecho de este grupo a ser oído, al punto que es un pilar dentro de este tratado internacional². Por lo mismo, es importante que la nueva carta fundamental asegure el deber de los Estados de garantizar a niños, niñas y adolescentes el ejercicio de este derecho, considerando además que este es un derecho llave para el ejercicio de otros derechos (como el acceso a la información, libertad de expresión, etc.)³.

² Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 12.

³ Al respecto, ver la Minuta de Trabajo N°1 sobre el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes elaborada por Unicef en el contexto del proceso constituyente.

El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, párrafo 13.

5. Autonomía progresiva: si bien niños, niñas y adolescentes son y debe ser reconocidos como titulares de derechos humanos, el ejercicio de sus derechos presenta diferencias respecto de personas adultas en razón de su edad y del continuo proceso de maduración y desarrollo que viven. Por lo mismo, es relevante reconocer su autonomía progresiva, de manera tal que a medida que crecen, niños, niñas y adolescentes deben contar con mayores espacios de autodeterminación.

La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño y su necesidad de socialización. Los padres (y otros) deberían ser alentados a ofrecer una “dirección y orientación” centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párrafo 16.

6. Derecho a la nacionalidad: es importante garantizar constitucionalmente a niños, niñas y adolescentes, independiente de la situación migratoria de su padre, madre o de quien tenga el cuidado personal, el derecho a la nacionalidad, en virtud del cual se establece un vínculo jurídico con el Estado, obligando a este último a brindar, sin discriminación, un conjunto de protecciones.

Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean & Bosico vs. República Dominicana, párrafo 142.