

Constitución Política e Infancia

Una mirada desde los derechos de los niños,
niñas y adolescentes en Chile

Constitución política e infancia

Una mirada desde los derechos de los niños,
niñas y adolescentes en Chile



© Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Coordinador y editor académico: Anuar Quesille

Asistente de edición: Carolina Silva

Diseño y diagramación: Francisca Toral

ISBN: 978-92-806-4935-2

Registro de Propiedad Intelectual: A-284936

Primera edición, 700 ejemplares

Impreso en Andros Ltda.

Santiago de Chile, Diciembre de 2017

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

Los textos contenidos en el presente documento pueden ser utilizados total o parcialmente mientras se cite la fuente.

Las opiniones que se presentan en este documento, así como los análisis e interpretaciones, son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de UNICEF.

ÍNDICE

Presentación	7
Nicolás Espejo Yaksic El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República	11
Miguel Cillero Bruñol Interés Superior del Niño: apuntes para su reconocimiento constitucional	47
Fabiola Lathrop Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña o adolescente	83
Leonor Etcheberry C. y Claudio Fuentes M. El derecho de los niños a ser oídos	111
Domingo A. Lovera Parmo Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes	151
Ximena Gauché Marchetti El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia	187
Claudio Nash Derecho a la vida y a la supervivencia de los niños, niñas y adolescentes en el debate constitucional chileno	219
Amaya Álvez Marín y José Zawadsky El desafío de la Nueva Constitución: igualdad ante la ley, bajo la ley, en la protección y beneficios de la ley para niños, niñas y adolescentes en Chile	251
Constanza Salgado Muñoz El derecho de los niños a una educación de calidad	291
Alejandra Zúñiga Fajuri El cuidado sanitario de los niños, niñas y adolescentes en Chile	329
Luis Villavicencio Miranda Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución	357
Corina Courtis y Delfina Lawson Derechos y garantías de la niñez en contexto de migración y asilo	391
Álvaro Castro Morales Dignidad humana y principio de igualdad como fundamentos de una intervención penal mínima y diferenciada en el ámbito de la justicia juvenil: una mirada a través de la criminología y del derecho internacional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes	423

Presentación

Los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención) se comprometieron a adoptar medidas legislativas, administrativas y de toda índole que permitan concretar el reconocimiento y la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por este motivo, la creación, modificación y/o derogación de leyes es un aspecto que periódicamente el Estado chileno ha de considerar para adaptar sus prácticas y políticas públicas a la realidad de la infancia en su territorio.

Si se analizan los avances realizados por Chile desde la ratificación de la Convención en 1990, es posible sostener que se han adoptado una serie de políticas públicas y se ha dictado una nutrida legislación en temas de educación, salud, justicia y protección social, todas las cuales han impactado positivamente en la protección de la niñez.

El reconocimiento de los derechos de los niños en una posible reforma a la Carta Fundamental de Chile, es una discusión que ha surgido recientemente y que ha ido adquiriendo fuerza. UNICEF ha recomendado que los niños sean visibilizados como sujetos de derecho y como un grupo prioritario en todas las reformas legales e institucionales que emprenda el país. Por ello, ante un eventual cambio constitucional, explicitar el reconocimiento de sus derechos tal como lo estipula la Convención, constituiría un avance que además sería consistente con la positiva valoración expresada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su informe sobre Chile de 2015, al analizar la implementación de la Convención por parte del Estado.

Con el fin de aportar en el proceso de discusión constitucional en lo relativo a la infancia y adolescencia, UNICEF convocó a un grupo de reconocidos/as especialistas de las ciencias jurídicas, quienes abordaron el tema

a partir de los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la doctrina comparada y de la jurisprudencia nacional e internacional.

En esta publicación ponemos a disposición de los expertos y tomadores de decisión, el resultado de este trabajo que busca contribuir a la construcción de una Carta Fundamental que garantice y proteja de manera efectiva los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile.

Hai Kyung Jun
Representante de UNICEF para Chile

Nicolás Espejo Yaksic

**El reconocimiento de la infancia y de los
derechos de los niños en la Constitución
Política de la República**

El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República

Para Antonia, constitucionalista de 17 años

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento jurídico formal de la infancia en las constituciones políticas no es un asunto trivial. Tampoco lo es la forma concreta que dicho reconocimiento toma en el marco del sistema de principios, derechos y garantías que el constituyente desea afirmar y proteger. Después de todo, si la Constitución Política es el documento fundante del marco de legitimidad final del Estado, de las instituciones que lo conforman, y por su intermedio se reconocen las potestades, inmunidades y poderes que asisten a los habitantes de la República, entonces los niños, niñas y adolescentes no pueden quedar excluidos formalmente de ella. Este libro es, precisamente, un esfuerzo colectivo orientado a visibilizar la relevancia del reconocimiento constitucional formal de la infancia, especialmente en lo referido a los derechos y obligaciones establecidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, la CDN).

En las últimas décadas, muchos sistemas constitucionales han comenzado a visibilizar la relevancia de la infancia en cuanto objeto específico de protección y/o reconocido formalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.¹ Esta tendencia se ve acompañada, a su vez, por una creciente preocupación al interior de la dogmática jurídica en general, y de la dogmática constitucional en particular.

* Visiting Fellow del Kellogg College de la Universidad de Oxford y Asesor de la Representante Especial del Secretario General de la ONU para la Violencia contra los Niños. Doctor en Filosofía del Derecho (Warwick), Magister en Derecho Internacional y Derechos Humanos (Oxford) y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Diego Portales). Abogado.

¹ Para una revisión general de los sistemas constitucionales europeos en esta materia, ver, Cfr., European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Constitutions*, CDL-AD (2014)005, Or. Eng.

1.1 Ausencia de reconocimiento formal de la infancia a nivel constitucional

Aun cuando varios sistemas constitucionales todavía no reconocen de manera explícita a la infancia como categoría constitucional formal (como en el caso de la Constitución Política de Chile), su reconocimiento se ha dado progresivamente por medio de dos formas. De un lado, a través de una interpretación dinámica del propio texto constitucional, de las enmiendas constitucionales o de sus equivalentes legales (en aquellos casos en que se carece de una constitución escrita). De otro lado, la infancia ha sido reconocida como objeto de protección constitucional por medio de la progresiva incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos regionales, como el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales. Es el caso, entre otros, de Francia, Estados Unidos de América, Noruega, el Reino Unido y Chile.

En estos casos, sin embargo, la ausencia de normas explícitas que reconozcan a la infancia o a los niños, niñas y adolescentes en la Constitución no ha obstado a que, por vía jurisprudencial, se otorgue protección constitucional a sus derechos. En Francia, la Corte de Casación ha determinado que algunas disposiciones de la CDN son de aplicación inmediata.² En los Estados Unidos de América, la Corte Suprema de Justicia ha otorgado protección al ejercicio *constitucional* de derechos de los niños, como cuando determinó que las escuelas públicas no podían aplicar medidas disciplinarias a estudiantes por usar brazaletes negros como forma de protesta contra la Guerra de Vietnam.³ En Noruega, la CDN forma parte de la legislación interna y, en todo caso, cuenta con un rango legal superior al de las normas internas.⁴ A su vez, desde la dictación del Acta de Derechos Humanos (*Human Rights Act*) en el Reino Unido, diversas disposiciones del Convenio Europeo de

² Lejeune case, Assemblée Nationale, Rapport No 87 “Rapport fait au nom de la Commission d’enquête sur l’état des droits de l’enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité 6 May” 1998 *Journal Officiel* 22.

³ Cfr. *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S., p. 503 [1969]).

⁴ L. Lundy, U. Kilkelly, B. Byrne, & J. Kang, *The UN Convention on the Rights of the Child: a study of legal implementation in 12 countries* (UNICEF: 2012), pp. 58-59.

Derechos Fundamentales referidos a los derechos de la infancia han sido incorporadas en la jurisprudencia interna.⁵

Finalmente, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional ha ido consolidando la aplicación material de los tratados de derechos humanos en su interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales, incluida la CDN.⁶ Por esta vía, se ha pronunciado directamente sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en el caso del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, las normas nacionales sobre fertilidad y, recientemente, en materia de guarda de menores de edad.⁷ Como se ha indicado más arriba, la Constitución Política de la República de Chile no reconoce formalmente ni a la infancia ni a los derechos del niño (incluido su interés superior); a pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha ido incipientemente incorporando tales derechos por vía de la utilización de la CDN. Como se indicará más adelante, aun cuando esto es un paso importante, la ausencia de reconocimiento constitucional formal de la infancia y de los derechos de los niños es un déficit importante del sistema constitucional nacional.

1.2 Reconocimiento formal de la infancia a nivel constitucional

A diferencia del chileno, otros sistemas jurídicos han avanzado hacia el reconocimiento formal de la infancia como objeto de protección constitucional. En estos sistemas, los procesos de reforma constitucional o de promulgación de nuevas cartas fundamentales han permitido que el constituyente localice y reconozca a la infancia como materia de preocupación constitucional. Sea a través de una cláusula general de reconocimiento del interés superior

⁵ Shazia Choudry & Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2010, pp. 170-205 y; J. Fortin, "Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era", *Modern Law Review*, vol. 69, 2006, pp. 299-326.

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

⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 786-2007 de fecha 13 de junio de 2007; Rol N° 740 de fecha 18 de abril de 2008 y; Rol N° 2867-15, de 12 de abril de 2016, respectivamente.

del niño, sea por medio de la mención a la infancia en otras disposiciones constitucionales (como el derecho de los niños a estar libres de toda forma de maltrato o a ser oídos y tomados en cuenta).

Algunos ejemplos destacables en este sentido pueden ser advertidos en el derecho comparado. Así, en las jurisdicciones constitucionales de varios países europeos, tanto la infancia como los derechos de los niños (todos, o algunos en especial) resultan formalmente reconocidos y regulados. Entre otras:

- a) *Constitución Política de Albania*, art. 54 (1): “Children, the young, pregnant women and new mothers have the right to special protection by the state. (2). Children born out of wedlock have equal rights with those born within marriage. (3). Every child has the right to be protected from violence, ill treatment, exploitation and their use for work, especially under the minimum age for work, which could damage their health and morals or endanger their life or normal development”.⁸
- b) *Constitución Política de Hungría*, art. 15 (1): “Hungary shall adopt special measures to protect children, women, the elderly and persons living with disabilities”; art. 16 (1): “Every child shall have the right to the protection and care required for his or her proper physical, mental and moral development”; art. 18 (1): “The employment of children shall be prohibited except for cases laid down in an Act posing no risk to the child’s physical, mental or moral development”.⁹
- c) *Constitución Política de Portugal*, art. 69: “(1). With a view to their integral development, children shall possess the right to protection by society and the state, especially from all forms of abandonment, discrimination and oppression and from the abusive exercise of authority in the family or any other institution. (2). The state shall ensure special protection for children who are orphaned, abandoned or deprived of a normal family environment in any

⁸ <http://zig.al/en/laws/constitution-of-the-republic-of-albania>

⁹ https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf

- way. 3. Labour by minors of school age shall be prohibited as laid down by law”.¹⁰
- d) ***Constitución Política de España***, Sección 39 (2): “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.” Sección 39 (4): “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.¹¹
- e) ***Ley Federal Constitucional de Austria sobre los Derechos del Niño***, art. 1: “Each child shall be entitled to the protection and care that is necessary for his/her well-being, to optimal development and self-realisation as well as to the protection of his/her interests with regards to intergenerational equity. The well-being of the child shall be the primary consideration in respect of all measures affecting children that are taken by public and private institutions”; art. 4: “Each child has the right to adequate involvement and consideration of his/her opinion regarding all matters affecting the child in a manner that is commensurate with his/her age and development.”; art. 6: “Each child with a disability shall be entitled to the level of protection and care that is required for his/her special needs. In accordance with art. 7, para. 1 of the Federal Constitution Act, the equal treatment of children with and without disabilities shall be guaranteed in all spheres of daily life”.¹²
- f) ***Constitución Política de Italia***, art. 31: “The Republic assists the formation of the family and the fulfilment of its duties, with particular consideration for large families, through economic measures and other benefits. The Republic protects mothers, children and the young by adopting necessary provisions”.¹³
- g) ***Constitución Política de Irlanda***, art. 42A: “1. The State recognises and affirms the natural and imprescriptible rights of all children

¹⁰ https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf

¹¹ <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1c3>

¹² http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_2011_1_4

¹³ https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

and shall, as far as practicable, by its laws protect and vindicate those rights. 2. 1° In exceptional cases, where the parents, regardless of their marital status, fail in their duty towards their children to such extent that the safety or welfare of any of their children is likely to be prejudicially affected, the State as guardian of the common good shall, by proportionate means as provided by law, endeavour to supply the place of the parents, but always with due regard for the natural and imprescriptible rights of the child. 2. 2° Provision shall be made by law for the adoption of any child where the parents have failed for such a period of time as may be prescribed by law in their duty towards the child and where the best interests of the child so require. 3. Provision shall be made by law for the voluntary placement for adoption and the adoption of any child. 4. 1° Provision shall be made by law that in the resolution of all proceedings— i) brought by the State, as guardian of the common good, for the purpose of preventing the safety and welfare of any child from being prejudicially affected, or ii) concerning the adoption, guardianship or custody of, or access to, any child, the best interests of the child shall be the paramount consideration. 4. 2° Provision shall be made by law for securing, as far as practicable, that in all proceedings referred to in subsection 1 of this section in respect of any child who is capable of forming his or her own views, the views of the child shall be ascertained and given due weight having regard to the age and maturity of the child”.¹⁴

- h) ***Constitución Política de Croacia***, art. 63: “The state shall protect maternity, children and youth, and shall create social, cultural, educational, material and other conditions promoting the achievement of the right to a suitable life”; art. 65: “Everyone shall have the duty to protect children and infirm persons. Children shall not be employed before reaching the age specified by law, nor shall they be forced or allowed to do any work that is harmful to their health or morality. Young people, mothers and disabled persons shall be entitled to special protection at work”.¹⁵

¹⁴ <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2012/ca/31/enacted/en/pdf>

¹⁵ <http://croatia.eu/article.php?lang=2&id=25>

- i) ***Constitución Política de Finlandia***, Sección 6 (3): “Children shall be treated equally and as individuals and they shall be allowed to influence matters pertaining to themselves to a degree corresponding to their level of development”.¹⁶
- j) ***Constitución Política de Polonia***, art. 72: “(1). The Republic of Poland shall ensure protection of the rights of the child. Everyone shall have the right to demand of organs of public authority that they defend children against violence, cruelty, exploitation and actions which undermine their moral sense. (2). A child deprived of parental care shall have the right to care and assistance provided by public authorities. (3). Organs of public authority and persons responsible for children, in the course of establishing the rights of a child, shall consider and, insofar as possible, give priority to the views of the child. (4). The competence and procedure for appointment of the Commissioner for Children’s Rights shall be specified by statute”.¹⁷
- k) ***Constitución Política de Suiza***, art. 11: “1. Children and adolescents have the right to special protection of the personal integrity and to promotion of their development. 2. They exercise their rights according to their capacity to discern”.¹⁸
- l) ***Constitución Política de Grecia***, art. 21 (1) y (2): “1. The family, being the cornerstone of the preservation and the advancement of the Nation, as well as marriage, motherhood and childhood, shall be under the protection of the State. 2. Families with many children, disabled war and peace-time veterans, war victims, widows and orphans, as well as persons suffering from incurable bodily or mental ailments are entitled to the special care of the State”.¹⁹

Fuera del contexto europeo, otros sistemas constitucionales (incluidos los de América Latina) han hecho explícita la obligación de respetar, proteger o promover el bienestar de la infancia y/o los derechos de los niños. Destacan en este sentido los siguientes casos:

¹⁶ <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>

¹⁷ <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/konse.htm>

¹⁸ http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html

¹⁹ <http://www.hri.org/docs/syntagma/artcl25.html#A21>

- m) ***Constitución Política de Sudáfrica***, Sección 28: (1). “Every child has the right- a. to a name and a nationality from birth; b. to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment; c. to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services; d. to be protected from maltreatment, neglect, abuse or degradation; e. to be protected from exploitative labour practices; f. not to be required or permitted to perform work or provide services that- (i). are inappropriate for a person of that child’s age; or (ii). place at risk the child’s well-being, education, physical or mental health or spiritual, moral or social development; g. not to be detained except as a measure of last resort, in which case, in addition to the rights a child enjoys under sections 12 and 35, the child may be detained only for the shortest appropriate period of time, and has the right to be- (i). kept separately from detained persons over the age of 18 years; and (ii). treated in a manner, and kept in conditions, that take account of the child’s age; h. to have a legal practitioner assigned to the child by the state, and at state expense, in civil proceedings affecting the child, if substantial injustice would otherwise result; and i. not to be used directly in armed conflict, and to be protected in times of armed conflict. (2). A child’s best interests are of paramount importance in every matter concerning the child. (3). In this section ‘child’ means a person under the age of 18 years”.²⁰
- n) ***Constitución Política de la República Federativa de Brasil***, art. 227: “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.²¹
- o) ***Constitución Política de Colombia***, art. 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la

²⁰ <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf>

²¹ http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Brasil/constitucion_brasil_1988.pdf

seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.²²

- p) ***Constitución Política de la República del Ecuador***, art. 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”; art. 44: “(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

²² <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

de políticas intersectoriales nacionales y locales”; 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 nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”.²³

- q) ***Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia***, art. 60: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”.²⁴
- r) ***Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos***, art. 4: “(8). 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”.²⁵
- s) ***Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela***, art. 78: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de dere-

²³ <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Constitución-de-la-Republica-2008..pdf>

²⁴ <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/lista/9>

²⁵ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

cho 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”.²⁶

En los casos anteriormente descritos, el reconocimiento formal de la infancia y/o de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema constitucional ha permitido dotar de mayor claridad y precisión respecto a los límites, poderes y obligaciones que se derivan de la CDN. Con ello, los Estados no solo cuentan con un marco normativo del más alto nivel para la infancia, sino que, a su vez, cumplen con la obligación de dar efectividad a los mandatos de la CDN, en virtud de lo dispuesto en su artículo 4º.

En efecto, tal y como lo ha dispuesto el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas:

“Los Estados Partes tienen que hacer, por todos los medios adecuados, que las disposiciones de la Convención surtan efecto jurídico en el ordenamiento jurídico interno. Esto sigue siendo un problema para muchos Estados Partes. Es especialmente importante aclarar el ámbito de aplicación de la Convención en los Estados en los que ésta se aplica directamente en el derecho interno y en otros en los que se afirma que la Convención tiene “rango de disposición constitucional” o ha sido incorporada en el derecho interno. [...] El Comité acoge con satisfacción la incorporación de la Convención al derecho interno, incorporación que es el procedimiento tradicional de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en algunos Estados, pero no en todos ellos. La incorporación debe significar que las disposiciones de la Convención pueden ser invocadas directamente ante los tribunales y ser apli-

²⁶ <http://www.cgr.gob.ve/pdf/leyes/Constitucion.pdf>

cadadas por las autoridades nacionales y que la Convención prevalece en caso de conflicto con la legislación interna o la práctica común. La incorporación por sí sola no evita la necesidad de hacer que todo el derecho interno pertinente, incluso el derecho local o consuetudinario, se ajuste a la Convención. En caso de conflicto en la legislación, siempre debe prevalecer la Convención, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Cuando un Estado delegue poderes para legislar en los gobiernos regionales o territoriales federados, deberá exigir asimismo a esos gobiernos subsidiarios que legislen en el marco de la Convención y garanticen su aplicación efectiva (véanse también los párrafos 40 y siguientes *infra*).²⁷

2. EL VALOR DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA INFANCIA Y DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

En lo que sigue, quisiera sugerir algunas razones concretas para defender la necesidad de un reconocimiento formal de la infancia y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución Política de la República. Tales razones se pueden clasificar en tres: a) el valor del reconocimiento del “estatus legal” (en este caso, “constitucional”) de los niños, niñas y adolescentes; b) la necesidad de reconocer formalmente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes al interior de la Constitución Política y; c) la exigencia de contar con mecanismos formales de exigibilidad política y jurisdiccional (garantías) de esos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

2.1 Las formas del reconocimiento y el lugar del estatus legal (constitucional) de la infancia

La individualización o subjetividad humana constituye un proceso por medio del cual el individuo es capaz de desarrollar su identidad práctica al punto de ser reconocido como tal por un siempre creciente círculo de

²⁷ Cfr., Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5, CRC/GC/2003/5*: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), Paras. 19 & 20.

agentes comunicativos. Esto es, sujetos capaces de lenguaje y acción se constituyen *qua* individuos solamente por medio del aprendizaje con aquellos otros relevantes que están en posición de reconocerles aprobación. De esta manera, en tanto la conciencia de su individualidad aumenta, los individuos pasan a depender crecientemente de las condiciones de reconocimiento que su ambiente social específico les provee. La subjetividad humana es, por así decirlo, en realidad, su intersubjetividad.²⁸

Con todo, la pura afirmación entre autoconciencia y el reconocimiento intersubjetivo no es suficiente para explicar cómo es que dicha relación permite, además, avanzar hacia un progreso en las relaciones de eticidad. Es decir, y como ha explicado convincentemente Axel Honneth, requerimos, además, una explicación sobre la relación dinámica de intercambio que tiene que existir entre la adquisición intersubjetiva de autoconciencia y el desarrollo moral de las sociedades donde dichas relaciones tienen lugar. La respuesta que el joven Hegel (Jena) propuso a este desafío constituye el núcleo de su modelo de “lucha por el reconocimiento”: modelo que contiene la arriesgada pero provocativa idea de que el progreso moral se lleva a cabo a lo largo de una serie de grados de *tres modelos de reconocimiento*, cada uno de los cuales más exigente que el anterior, y entre los cuales media, respectivamente, una lucha intersubjetiva en la que los sujetos combaten por la confirmación de sus pretensiones de identidad.²⁹

Siguiendo esta idea, afirmo que la construcción de la identidad infantil es el resultado de tres formas de lucha específicas por el reconocimiento: el amor, el respeto y la estima. Tales luchas, a su vez, se manifiestan tanto en representaciones dañadas, indebidas o patológicas de reconocimiento, como en formas adecuadas del mismo. El reconocimiento del estatus legal de persona de los niños es, en esta estructura, uno de los componentes esenciales del desarrollo pleno de su identidad.

²⁸ Cfr., G. W. F. Hegel, *The Phenomenology of Mind*, J. B. Baillie (Trans.), Second Edition, Unwin Brothers Ltd., Woking, 1931, p. 229 y; J. M. Bernstein, “From self-consciousness to community: act and recognition in the master-slave relationship”, in Z. A. Pelczynski (Ed.), *The State and Civil Society: Studies in Hegel's Political Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 15.

²⁹ Cfr. Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, MIT Press, Cambridge, M.A., 1995.

2.1.1 Amor

En primer lugar, existen formas de reconocimiento indebidas que afectan a los niños, niñas y adolescentes a nivel de su integridad física y psíquica, forzando la capacidad de disponer libremente de su cuerpo y de satisfacer sus necesidades de cuidado y afecto. Esta particular manifestación de humillación —representada en el abuso sexual, la violencia o el maltrato, la ridiculización, la falta de preocupación o cuidado, etc.— afecta la autocomprensión adecuada de la identidad, que necesita fundarse en la experiencia del apoyo emocional que los demás proveen sobre uno mismo, en especial, aquellos “otros relevantes o significativos”. La humillación y falta de cuidado que un niño sufre a consecuencia de esta falta de preocupación afecta la más fundamental de sus formas de relaciones prácticas consigo mismo: su *auto-confianza*.³⁰

Como indicara Hegel, la forma de reconocimiento adecuado que corresponde a esta experiencia afectiva y física es el *amor*. Dado que las necesidades y las emociones, hasta cierto punto, pueden solo recibir confirmación al ser directamente satisfechas o respondidas, el reconocimiento en este caso debe tomar la forma de la aprobación emocional y del apoyo. La expresión “amor” se usa acá para referirse a una diversidad de relaciones primarias (amistad, relación padres-hijos, así como los lazos eróticos entre los enamorados) y que constituyen lazos emocionales fuertes entre un grupo pequeño de personas. En el caso específico de las relaciones entre padres e hijos, y para graficar las acciones de los primeros en relación a los segundos, el amor suele manifestarse a través de la idea de *cuidado* (*care*).

Como es fácil de advertir, el amor como cuidado (*care*) no constituye, en sentido estricto, una institución legal, sino ética. En otras palabras, no existe tal cosa como la obligación legal de amar a alguien, ni el derecho legal que habilita a exigir el reconocimiento afectivo del cual se deriva dicho cuidado. Con todo, el cuidado así entendido (en relación a los hijos) sí es *objeto* de regulación legal, a través de la institución de la responsabilidad parental: el conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y

³⁰ A. Honneth, *Ob. Cit.*, p. 107.

salvaguarda del bienestar del niño, los que incluyen: a) cuidado, protección y educación; b) mantenimiento de las relaciones personales; c) determinación de la residencia; d) administración de la propiedad y; e) representación legal.³¹ O si se quiere, de un modo más simple, como aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o madre de un niño en relación al niño y sus bienes.³² Responsabilidad que, de no ser cumplida, genera consecuencias jurídicas para el padre responsable, y en relación a los hijos.³³

2.1.2 Respeto

En segundo lugar, y de la más alta importancia para nuestro análisis, es posible distinguir otras formas de reconocimiento inadecuado o falta de él, que se localizan más bien a nivel normativo (y no afectivo). Estas se refieren a formas de falta de respeto que se derivan del hecho de que un individuo sea excluido estructuralmente de ciertos derechos dentro de la sociedad. Las manifestaciones de dicha exclusión son diversas y van desde la declaración de incapacidad civil o política de las mujeres y de los niños, la restricción a derechos patrimoniales y familiares de las minorías sexuales o la exclusión de derechos fundamentales a inmigrantes y refugiados, entre otros. Particularmente, en el caso de la infancia esta forma dañada de reconocimiento se manifiesta a través de la idea de los niños, niñas y adolescentes como meros “objetos de protección” (tutelar) y no como sujetos de derechos (protección integral).³⁴

³¹ Commission on European Family Law (CEFL), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, 2007, Principio 3.1.

³² Tomo esta definición de la versión legal establecida en la Children Act de 1989 (Inglaterra y Gales). Cfr. *Children Act 1989*, s. 3.1.

³³ Sobre la idea de responsabilidad parental y sus diversas implicancias legales, ver, Nicolás Espejo & Fabiola Lathrop (Coordinadores), *Responsabilidad Parental*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017 (en imprenta).

³⁴ Cfr. Miguel Cillero, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en Emilio García Méndez & Mary Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Prefacio de Luigi Ferrajoli, Segunda Ed., Tomo I, Editorial Temis y Depalma, Bogotá, 1999, pp. 69-85.

De tal falta de reconocimiento legal se deriva, como corolario de la misma, un desconocimiento de la expectativa intersubjetiva que los niños tienen de ser reconocidos como sujetos capaces de formarse juicios morales progresivos, ser escuchados en la toma de decisiones que les afectan y participar activamente en las discusiones públicas.³⁵ Más importantemente, de esta falta de reconocimiento del estatus legal de los niños se sigue una pérdida de su propio *auto-respeto*: la habilidad de relacionarse consigo mismos como agentes morales en la interacción legal con los demás seres humanos, aun cuando, a su vez, deban ser velados en sus demás intereses esenciales.³⁶

La figura central asociada a la idea de auto-respeto es la de *persona legal*: ego y alter se reconocen mutuamente como personas legales en el sentido de compartir el conocimiento de que aquellas normas en virtud de las cuales la comunidad asegura derechos y responsabilidades, se otorgan a todos por igual.³⁷ En otras palabras, a dicha forma de reconocimiento legal adecuado se corresponde la idea de “persona legal”, representada en la estructura tripartita de la titularidad de los derechos legales: civiles (garantizando libertad), políticos (garantizando participación) y sociales (garantizando bienestar).³⁸

2.1.3 *Estima*

Es posible distinguir una tercera forma de falta de reconocimiento adecuado que implica consecuencias negativas para la valoración social de los individuos o grupos. “Honor”, “dignidad” o “estatus” significan el grado de aceptación social de una persona o grupo al interior del universo de las tradiciones culturales de una sociedad dada. Si esta jerarquía de valores

³⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado* (2009), CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, Párrafo 12: “Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación”.

³⁶ John Eekelaar, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, en *International Journal of Law and the Family*, 8, 1994, pp. 42-61.

³⁷ A. Honneth, *Ob. Cit.*, p. 118.

³⁸ Young, I. M., “Recognition of Love’s Labour: Considering Axel Honneth’s Feminisms” in *Recognition and Power: Axel Honneth and the Tradition of Critical Social Theory*, ed. van den Brink, B., & Owen, D., Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 196.

sociales se encuentra estructurada de manera que defina ciertas formas de vida y convicciones como inferiores o deficientes, esto afectará la oportunidad que tienen dichos sujetos o grupos de recibir una valoración adecuada de sus habilidades y características. En otras palabras, las formas socialmente establecidas de insulto, degradación o falta de valoración afectarán gravemente la *auto-estima*: los sujetos o grupos dejan ya de encontrarse en posición de concebirse a sí mismos como seres cuyas características y habilidades puedan ser dignas de estima.³⁹

En el caso específico de la infancia, esta falta de consideración o reconocimiento indebido del estatus social o dignidad de los niños, niñas y adolescentes se manifiesta a dos niveles. En primer lugar, a nivel de la construcción social general de la infancia⁴⁰, donde prevalecen dos ideas particularmente nocivas para un reconocimiento adecuado de ella: a) que los niños son *propiedad* de sus padres (o si no son cosas sobre las cuales se ejerce dominio pleno, a lo menos, serían una extensión de los padres)⁴¹ y; b) que los niños son adultos *incompletos*, esto es, seres que aún no poseen los poderes y capacidades que caracterizan a los seres humanos en propiedad.⁴² En segundo lugar, a nivel de la distribución social del valor de pertenencia, es decir, respecto de aquellas niñas y aquellos niños que pertenecen a minorías sexuales o que adscriben a identidades de género no hegemónicas, tales como los niños y niñas LGTBI, los niños migrantes o hijos de migrantes en situación irregular, los adolescentes en conflicto con la ley penal (clasificados como “delincuentes” antes que niños), los niños y niñas indígenas, aquellos con capacidades físicas e intelectuales diversas, los niños y niñas que viven en situación de calle y aquellos que pertenecen a grupos o culturas urbanas etiquetadas como “anti-sistema”.

³⁹ A. Honnet, *Ob. Cit.*, p. 127.

⁴⁰ A. James & A. Prout (Eds.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, Falmer Press, London, 1997.

⁴¹ Para una justificación contemporánea de esta idea, Cfr. James Narveson, *The Libertarian Idea*, Temple University Press, Philadelphia, 1998, pp. 272-274 y; Robert Nozick, *The Examined Life: Philosophical Meditations*, Simon & Schuster, New York, 1989, p. 28.

⁴² John Locke, “Some Thoughts Concerning Education (1693)”, en *The Educational Writings of John Locke*, J. L. Axtell (ed.), Cambridge University Press, 1960, párrafo 41 y; Hillel Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford, 1994, p. 248. Para una revisión crítica de la tesis de John Locke sobre la infancia, ver, David Archard, *Children Rights and Childhood*, 2nd. Edition, Routledge, London & New York, 1993, pp. 1-15.

En contra de estas construcciones sociales sobre la infancia y algunas infancias en especial, la forma de reconocimiento adecuado que corresponde a esta experiencia de valoración social de los niños, niñas y adolescentes es la *solidaridad*: desde que pasa a ser respetado por los demás sujetos, sea cual sea la forma específica de individualidad que posea o por la que haya optado en el curso de su historia individual, el niño puede ahora lograr una no-calificada identificación con sus particulares cualidades y habilidades y aceptarse a sí mismo. Tiene, para decirlo en otras palabras, el “mismo estatus” que otros niños, niñas y adolescentes, con independencia de su origen nacional, étnico, sexual o de género, capacidades físicas o intelectuales, estatus migratorio o apariencia.

2.2 Reconocimiento formal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución Política de la República

En las últimas décadas se ha ido imponiendo la idea de que los niños son agentes sociales que dan forma a sus propias circunstancias, a la vez que son influenciados por instituciones como la familia y la escuela⁴³, así como portadores de derechos fundamentales.⁴⁴ A su vez, y desde la promulgación de la CDN, una serie de modificaciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales han ido consolidando una nueva concepción del estatus de la infancia: un estatus en que los niños son considerados, a la vez, como portadores de derechos y sujetos de protección integral.⁴⁵

⁴³ J. Qvortup, M. Bardy, G. Sgritta & H. Wintersberger, *Childhood Matters: Social Theory, Practice and Politics*, Avebury, Aldershot, 1994 y; W. A. Corsaro, *The Sociology of Childhood*, Pine Forge Press, California, 1997.

⁴⁴ Cfr. R. Farson, *Birthrights*, Collier Macmillan, London, 1974; J. C. Holt, *Escape from Childhood: The Need for Rights of Children*, Penguin, Harmondsworth, 1975 y; Neil MacCormack, “Children’s Rights; A Test Case for Theories of Rights”, en *Legal Rights and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 154-166; John Eekelaar, “The Emergence of Children’s Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 1986, pp. 161-182. Una presentación general de esta transformación en la filosofía política y moral en, David Archard & Colin M. Macleod, *The Moral and Political Status of Children*, Oxford University Press, 2002.

⁴⁵ Cfr. John Eekelaar, “The Importance of Thinking that Children Have Rights”, en P. Alston, S. Parker y J. Seymour (Eds.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, 1992, pp. 221-235 y; Jane Fortin, *Children’s Rights and the Developing Law*, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Como se ha señalado en el apartado anterior, podríamos afirmar que la lucha por el reconocimiento de los niños ha dejado de situarse exclusivamente en el ámbito del amor o del cuidado. Aunque esencial para su autoconfianza, el amor y el cuidado no conceden “respeto legal” a los niños. Si es que los niños ya no son *solo* objeto de cuidado y de estima social, sino que, a su vez, son también portadores de derechos fundamentales, entonces tales derechos deben obtener la debida protección que la Constitución otorga a todas las personas, por el solo hecho de ser tales.

Una de las características propias del *Estado Constitucional y Democrático de Derecho* es que los derechos fundamentales no quedan sometidos a la sola mayoría parlamentaria (Congreso) o a la discreción de la administración (Gobierno). Y si es que, tal y como lo establece la CDN, ya no es posible prescindir del reconocimiento a los derechos de los niños, entonces se entiende que ellos no pueden quedar reducidos a meros mandatos políticos contingentes o, con suerte, a normas de efecto indirecto, cuya exigibilidad jurisdiccional resulta supeditada a una previa interposición legislativa y administrativa.⁴⁶ En dicho Estado los derechos de los niños pasan a tomar la estructura y el contenido de los *derechos fundamentales*, es decir, se consideran como posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.⁴⁷

Siguiendo esta idea, distintos sistemas constitucionales han avanzado en el reconocimiento formal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, más allá de la mención a ellos como “objeto de protección especial”. Como ya hemos visto, se trata de una distinción importante, puesto que no basta con el reconocimiento de la infancia como un objeto de preocupación o consideración especial si, con ello, se invisibiliza el *estatus legal* de los niños en cuanto portadores de derechos. Si es que el orden constitucional prescinde del estatus legal de persona titular de derechos fundamentales de los niños, se transgrede de este modo una de las tres dimensiones esenciales del reconocimiento debido: el igual respeto.

⁴⁶ En relación a esta idea respecto de los derechos fundamentales en general, ver, Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: Un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 28-29.

⁴⁷ Sobre esta idea de los derechos como “fundamentales”, ver, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Algunas Constituciones contienen cláusulas que se limitan a presentar a los niños (o a la infancia) como objeto de preocupación constitucional, pero sin estructurar dicho reconocimiento en torno a la idea de “derechos”. Es decir, suele darse protección constitucional a las familias o al cuidado y a la protección de la infancia o los niños, pero sin establecer derechos constitucionales formales a favor de los “derechos” de los niños. Es el caso, por ejemplo, de las Constituciones de Croacia⁴⁸, Italia⁴⁹, República Checa⁵⁰, Grecia⁵¹, España⁵² y Chile⁵³.

Frente a estos ejemplos, otros sistemas constitucionales han avanzado hacia un reconocimiento formal de los derechos de los niños (aun cuando al referirse a la infancia no lo hagan solo en términos de derechos). En el contexto europeo, los mejores ejemplos de esta técnica de protección constitucional son los de Hungría⁵⁴, Austria⁵⁵, Irlanda⁵⁶, Portugal⁵⁷, Eslovenia⁵⁸ y

⁴⁸ *Constitución Política de Croacia*, art. 62, que otorga protección a la familia.

⁴⁹ *Constitución Política de Italia*, art. 31, que provee reconocimiento y protección a la “Infancia”.

⁵⁰ *Constitución Política de la República Checa*, 32 (1) que otorga protección especial a los niños y los adolescentes y solo refiere a los “derechos” de los niños en el contexto familiar (igualdad de derechos entre niños nacidos dentro y fuera del matrimonio y derecho a crecer en familia), art. 32. (3) y (4).

⁵¹ *Constitución Política de Grecia*, art. 21 (3) que reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para la juventud.

⁵² *Constitución Política de España*, Sección 39, que establece el deber de las autoridades públicas por asegurar la protección social, económica y legal de la familia, la protección de los niños y el deber de los padres de proveer asistencia a los hijos menores de edad. Aun cuando la misma Sección 39, en su numeral 4, establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁵³ *Constitución Política de la República de Chile*, art. 1 (2) que reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

⁵⁴ *Constitución Política de Hungría*, artículo XV(1), que establece el “derecho” de cada niño a la protección y el cuidado necesarios para su desarrollo.

⁵⁵ *Ley Federal Constitucional de Austria sobre los Derechos del Niño*, la que reconoce una serie de derechos específicos, más allá del ámbito estrictamente protectorial (incluido el derecho a ser oído y a participar).

⁵⁶ *Constitución Política de Irlanda*, artículo 42-A (1), que reconoce los derechos “naturales e imprescriptibles de todos los niños”.

⁵⁷ *Constitución Política de Portugal*, artículo 69, que reconoce el “derecho” de los niños a la protección por parte del Estado y la sociedad, frente al abandono, la discriminación o la opresión, así como del ejercicio abusivo de la autoridad en la familia o en cualquier otra institución.

⁵⁸ *Constitución Política de Eslovenia*, artículo 56, que reconoce no solo derechos en el ámbito de protección, sino todos aquellos que resulten “consistentes con su edad y madurez”.

Polonia⁵⁹. A su vez, en el ámbito latinoamericano existen casos de avances en el reconocimiento constitucional formal de los derechos de los niños. Cuatro ejemplos, ya citados anteriormente, son particularmente relevantes en esta materia: Brasil, Colombia, Bolivia y México (disposiciones constitucionales que reconocen expresamente “derechos” a los niños).

2.3 Efectos prácticos del reconocimiento constitucional de la infancia y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: garantías constitucionales

Si bien el reconocimiento formal de la infancia y de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a nivel constitucional es indispensable, solo un sistema de garantías explícitas a su favor puede dar debida efectividad a tales mandatos normativos. En otras palabras, no basta con hacer un reconocimiento general a los derechos fundamentales de los niños sin reconocer, a su vez, los instrumentos concretos para hacerlos exigibles.

En un Estado democrático y constitucional de derecho, el pleno goce y ejercicio de los derechos solo se logra por medio de un complejo entramado de garantías, tanto políticas (garantías primarias) como jurisdiccionales (garantías secundarias), destinadas a actualizar los imperativos de igualdad social que ahora resultan representados también por la noción de derechos sociales. Las garantías son, en otras palabras, mecanismos o técnicas de tutela de los derechos, destinados a asegurar su efectividad.

A su vez, las *garantías* no se confunden con la estructura de los derechos, sino que se vinculan estrechamente a la efectividad o concreción fáctica de la promesa normativa que se encuentra en ellos. Efectividad que supone a) el reconocimiento y la consagración positiva del derecho (en este caso, la mención expresa a los derechos fundamentales de la infancia); b) la configuración de los requisitos que deben cumplirse para que tal derecho pueda ser afectado dentro del orden constitucional (por ejemplo, prioridad frente a otros derechos en caso de conflicto, contenido esencial, reserva legal, etc.)

⁵⁹ *Constitución Política de Polonia*, artículo 72 (1), que asegura la protección de los derechos de los niños (sin reducir su ámbito a algunos en especial).

y, una vez satisfechos estos supuestos; y c) los específicos mecanismos de defensa en caso de trasgresión (recursos y acciones procesales de naturaleza política, administrativa y judicial que se conceden a los niños para hacer exigibles sus derechos).⁶⁰

2.3.1 Garantías políticas (primarias)

Las garantías políticas están dirigidas a limitar la actuación de los poderes políticos, o bien a fijarles requisitos y condiciones, tanto formales como materiales. Así, por ejemplo, la llamada garantía de *reserva de ley* exige como condición para la reglamentación de derechos de raigambre constitucional la sanción de una ley en sentido formal, es decir, de un acto normativo emanado del órgano legislativo, que –al menos en teoría– asegure el carácter público de la discusión. En sentido sustantivo, de la supremacía constitucional se deriva la garantía del *contenido esencial* de los derechos de raigambre constitucional, que supone, para los poderes políticos, límites en sus facultades de reglamentación y restricción de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (se habla, así, de la exigencia de razonabilidad de la reglamentación de derechos fundamentales).

En sentido similar, pueden mencionarse la garantía de igualdad y la prohibición de discriminación, y los principios de generalidad y universalidad de la ley. En materia de derechos sociales se ha desarrollado además, como complemento de la necesaria progresividad de los avances en el área social, la *prohibición de regresividad* o retroceso, que limita la posibilidad de que el Estado reduzca los niveles de protección social ya asegurados normativamente. Entre las garantías destinadas a imponer misiones al Estado, las normas constitucionales relacionadas con derechos sociales cumplen habitualmente con esta función, encomendando a los poderes públicos la realización de ciertas metas o la satisfacción de ciertas necesidades –como la protección de la salud, el aseguramiento del acceso a una vivienda digna, o la defensa del medio ambiente. Muchas Constituciones recientes, y algunos tratados internacionales de derechos humanos también, encomiendan al

⁶⁰ Eduardo Aldunate Lizana, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 83.

Estado la adopción de medidas de acción positiva para remover obstáculos socio-económicos que impidan la plena realización de los derechos, o el establecimiento de medidas de trato diferenciado a favor de grupos sociales históricamente desaventajados (como las mujeres, las personas con discapacidad, los niños, los adultos mayores o los miembros de pueblos indígenas).

Asimismo, entre las garantías políticas de los derechos —y esto tiene importancia fundamental en materia del carácter primordial del interés superior del niño— también es necesario garantizar la provisión de *garantías presupuestarias* adecuadas, que —en la lógica de la división de poderes de la democracia republicana y representativa— se centra en la discusión y aprobación pública de las leyes de presupuesto. La existencia de partidas presupuestarias adecuadas constituye una demostración de la seriedad con la que los poderes políticos toman la implementación de sus obligaciones en los ámbitos de salud, educación, vivienda y otros. Y en materia de infancia, las garantías presupuestarias son una de las formas más claras, precisas y efectivas de dar cumplimiento al mandato de tratar al interés superior del niño como una “consideración primordial”.⁶¹

Finalmente, otro ejemplo concreto de estas garantías políticas lo constituyen las diversas *garantías administrativas* orientadas a promover, proteger, asegurar, monitorear y evaluar la efectividad de los derechos de los niños. Estas garantías se relacionan con la creación y otorgamiento de poderes y recursos concretos a instituciones administrativas que diseñan, coordinan, ejecutan y evalúan el *sistema de protección integral a la infancia*, tanto a nivel nacional como regional y local. A su vez, las garantías administrativas pueden estar orientadas a la creación de dispositivos de promoción y protección de los derechos de los niños, paradigmáticamente representados en la figura del *Ombudsperson o Defensor de la Infancia*.⁶²

⁶¹ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), “Artículo 3.1. 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”.

⁶² Cfr., UNICEF, *Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, No 1*, “Hacia un Defensor de los Derechos de la infancia para Chile”, Santiago de Chile, 2015.

2.3.2 Garantías jurisdiccionales (secundarias)

En un sistema constitucional y democrático de derecho, las garantías políticas o primarias son debidamente complementadas por *garantías jurisdiccionales o secundarias*. Éstas otorgan a los niños titulares de derechos la capacidad de someter denuncias de incumplimiento de las obligaciones emanadas de los mismos ante un poder independiente de los sujetos obligados primariamente (públicos o privados) y, dado el caso, confieren competencia a ese poder independiente para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones.⁶³ Se trata, en otras palabras, de complementar las garantías políticas o primarias con garantías jurisdiccionales o secundarias, es decir, con garantías que solo entran en juego cuando los poderes encargados de concretar e implementar derechos incumplen con su obligación –lo que implica, a su vez, que las garantías políticas han fallado. Siguiendo la lógica contractual, podría decirse que la solución de controversias vinculadas con alegados incumplimientos se inicia con el diálogo entre los contratantes, y –dado el carácter contencioso, los costos y el tiempo que puede insumir este recurso– solo cuando queda claro que no hay solución posible por otra vía se acude al litigio judicial.⁶⁴

Las garantías jurisdiccionales son de mucha importancia para la efectividad de los derechos de los niños. Ello, dada las especiales barreras que los niños, niñas y adolescentes suelen enfrentar para poder reclamar por el incumplimiento de las obligaciones legales de las agencias del Estado, así como respecto de sus adultos responsables. Si bien la gran mayoría de las garantías jurisdiccionales suelen estar reconocidas y reguladas a nivel de la legislación común, sí es posible distinguir algunas de ellas a nivel constitucional.

⁶³ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999 y; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

⁶⁴ Para la utilización de la metáfora del contrato social y sus implicancias para las condiciones de la cohesión social contemporánea, ver, Christian Courtis y Nicolás Espejo, *Por un contrato de cohesión social: apuntes exploratorios*, CEPAL, División de Desarrollo Social, Serie Políticas Sociales 129, Santiago de Chile, abril, 2007, en http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/sp_s_LCL2699.pdf, visitado el 22 de junio de 2016.

En el caso de Chile, las acciones de protección y amparo, reguladas respectivamente en los artículos 20⁶⁵ y 21⁶⁶ de la Constitución Política de la República, reconocen la posibilidad de que cualquier persona (incluidos los niños) concurra ante la autoridad judicial para la cautela de los derechos y garantías que ahí se indican. En un sentido formal entonces, los niños, niñas y adolescentes cuentan con una garantía jurisdiccional a nivel constitucional para exigir el cumplimiento de sus derechos constitucionales. Sin embargo, es preciso formular dos precisiones que restringen seriamente esta afirmación.

De un lado, el *listado de derechos* (o garantías constitucionales) que estas acciones protegen es reducido y deja sin posibilidad de reclamar en sede judicial la efectividad de una serie de derechos de capital importancia para los niños. Por ejemplo, el derecho a identidad, el derecho a ser oído y que su opinión se tome en cuenta, el derecho a obtener protección frente a la

⁶⁵ *Constitución Política de la República de Chile*, artículo 20.- “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

⁶⁶ *Constitución Política de la República de Chile*, artículo 21.- “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

violencia y una serie de dimensiones fundamentales de sus derechos económicos, sociales y culturales y que la acción de protección no protege (como el derecho a exigir acceso a educación y salud “de calidad”, el derecho a la vivienda adecuada, el derecho al agua o el derecho a crecer bajo condiciones de interculturalidad). De otro lado, la disponibilidad formal de las acciones constitucionales de protección y amparo en Chile contrastan con las dificultades materiales de *acceso a la justicia* para los niños. En la gran mayoría de los casos, las acciones constitucionales de amparo y protección son ejercidas por adultos y aquellos que suelen obtener una decisión favorable por parte de los tribunales, han contado con representación legal. No es casualidad, entonces, que las acciones de protección y amparo (quizás con la excepción de la protección del derecho a la no discriminación en el ámbito educacional) hayan tenido tan bajo impacto en el ejercicio de los derechos de los niños en Chile.

En consecuencia, el reconocimiento de derechos constitucionales a los niños no debe ser meramente formal. Junto con reconocer derechos fundamentales generales (por el solo hecho de ser humanos) y derechos fundamentales específicos (asociados a la infancia), un futuro texto constitucional debiera también establecer una serie de garantías primarias y secundarias básicas para la infancia. Así comprendido, un futuro texto constitucional en Chile debiera hacer reconocimiento formal de principios, derechos y garantías que resulten pertinentes para los niños. A mi modo de ver, tales disposiciones se vuelven en “pertinentes” en dos sentidos muy precisos.

De un lado, es indispensable que los distintos principios, derechos y garantías que la futura Constitución Política garantice a todas las personas, por el solo hecho de ser tales, sean aplicables también a todos los niños, niñas y adolescentes. Tal y como lo sugieren los capítulos siguientes de este libro, resulta indispensable identificar de qué manera los distintos principios y derechos humanos generales poseen una dimensión particularmente aplicable a los niños. Sea que se trate de derechos civiles y políticos (como la igualdad, la vida y la supervivencia, la identidad, el debido proceso, la libertad de expresión y participación, o la vida privada y familiar) o económicos, sociales y culturales (la pertenencia a una cultura, el derecho a la salud adecuada, o la educación de calidad), tales garantías deben ser capaces de

generar también un impacto concreto en la vida de los niños. Los trabajos de los distintos autores de este libro buscan, en gran medida, precisar dichas implicancias para la infancia.

De otro lado, y sin perjuicio de la existencia de disposiciones generales sobre derechos humanos y que implican consecuencias precisas para los niños, creo que un futuro texto constitucional debiera, además, contar con algunos principios, derechos y/o garantías expresas, y específicamente diseñados para la protección de la infancia y sus derechos. Sin constituir un listado exhaustivo, algunas disposiciones parecen especialmente relevantes. Entre ellas, las siguientes:

- a) Principio del interés superior del niño, como criterio prioritario de la acción estatal y estándar fundante de toda decisión general y particular que se adopte en relación a un niño;
- b) El derecho de los niños a ser oídos, a participar y a que sus opiniones se tomen en cuenta en toda materia que les afecte;
- c) El derecho a vivir libre del temor de sufrir cualquier forma de violencia en su contra, sea en el ámbito público o privado, incluido el ámbito familiar, así como la obligación de contar con planes y acciones concretas para la erradicación de toda forma de violencia y discriminación en su contra;
- d) El derecho a la protección a la vida familiar de los niños, a la reunificación familiar y a no ser separados de sus padres, salvo en circunstancias excepcionalísimas y calificadas;
- e) La existencia formal de una garantía de prioridad presupuestaria a favor de la infancia;
- f) La prohibición expresa de toda medida regresiva que disminuya el umbral de protección social, material y jurídico ya logrado en su favor (por ejemplo, nivel escolar, acceso a prestaciones sanitarias, pobreza, etc.); y
- g) La existencia de instituciones autónomas e independientes a las que los niños puedan acceder para denunciar violaciones a sus derechos.

Para que la incorporación de estos y otros derechos y garantías respeten los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, especial atención

debiera prestarse a la opinión que los propios niños tengan sobre sus expectativas en torno a una eventual nueva Constitución.

3. APORTES A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DESDE EL DERECHO DE INFANCIA: LOS CAPÍTULO DE ESTE LIBRO

En un esfuerzo único en la materia, UNICEF convocó a una serie de destacados profesores y profesoras de derecho a reflexionar sobre la relación entre la Constitución Política y la infancia. Se trata de un trabajo único, en el sentido que tanto la dogmática constitucional como la de infancia han prestado poca atención a la relación entre ambos campos del derecho. En este sentido, si bien los textos constitucionales más modernos, así como la jurisprudencia constitucional actual, han ido dando incipiente cuenta de los alcances de la infancia y los derechos de los niños para el derecho constitucional, la dogmática jurídica, en cambio, no ha prestado atención sistemática a esta cuestión.

De este modo, los trabajos que acá se presentan constituyen el primer esfuerzo colectivo en Chile y en América Latina, por intentar avanzar hacia una mejor precisión de la relación entre el derecho de infancia y el derecho constitucional. Con este objetivo en mente, los capítulos que conforman esta obra colectiva se refieren a una serie de materias de relevancia constitucional y que son especialmente importantes para los niños, niñas y adolescentes. Así, en vez de proponer una discusión que solo se concentre en la eventual redacción de un artículo de la Constitución Política que declare a la infancia como objeto de preocupación primordial y reconozca los derechos de los niños (algo que, con todo, resulta deseable), se ha preferido relevar la importancia que tiene visibilizar los derechos de los niños en distintas materias reguladas o regulables por la Constitución. Se trata, en otras palabras, de reconocer a la infancia y a los derechos de los niños en la estructura general de la Constitución, destacando el impacto que los distintos principios y derechos constitucionales tienen para la vida de los niños, niñas y adolescentes.

En su capítulo, *Miguel Cillero* actualiza el debate y las implicancias que el principio del interés superior tiene para la dogmática constitucional. En

especial, su artículo explora los fundamentos para promover un reconocimiento constitucional de alguna forma de prioridad a la protección de los derechos de los niños en el marco de un sistema constitucional y su relación con el principio del interés superior (ISN) contenido en la CDN. Tomando concretamente el ejemplo de las relaciones familiares, Cillero sugiere que, en los ámbitos de posibles colisiones entre derechos fundamentales, el principio de prioridad del ISN puede tener un rol efectivo que jugar en la construcción del sistema jurídico.

El rol del ISN en el marco de las relaciones familiares es tratado en detalle por *Fabiola Lathrop*. Por medio de una revisión general de los principales desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales en torno a las relaciones entre padres e hijos, la autora trata de dotar de precisión al derecho a la vida familiar de los niños, así como a los derechos y deberes que padres y/o madres ejercen respecto de sus hijos/as. Para Lathrop, el derecho a la vida familiar y los roles y privilegios de los padres experimentan una clara redefinición a la luz de lo dispuesto en la CDN: una caracterización en torno a una concepción amplia del concepto de familia, la necesidad de evitar la separación de los hijos de sus familias y una justificación de la responsabilidad parental en torno a las funciones de guía y orientación, en el marco de la autonomía progresiva y los demás derechos de los niños. Lo anterior se plantea como un objetivo concreto para lograr el reconocimiento constitucional formal del derecho a la vida familiar de los niños, así como de la responsabilidad parental.

El principio del ISN incluye siempre la debida consideración de la opinión del niño. Es precisamente esta cuestión la que es tratada en detalle por *Leonor Etcheberry* y *Claudio Fuentes*. En un análisis pormenorizado del contenido y dimensiones del derecho a ser oído a la luz de la CDN y de la doctrina especializada, los autores destacan el impacto que tal garantía debiera generar a nivel de modificaciones procesales que den cuenta del trato especializado al cual los niños tienen derecho, en función de su posición como sujetos de derecho y de desarrollo progresivo. En tal diseño, Etcheberry y Fuentes destacan dos finalidades particularmente relevantes: a) asegurar que la participación del niño no produzca consecuencias negativas en sus relaciones familiares o en su integridad física o psíquica y;

b) que los mecanismos que consagren esta garantía aseguren que se conozca el genuino parecer del niño.

Esta idea central en torno a la consideración de la opinión del niño es profundizada en su dimensión política en la contribución de *Domingo Lovera*. Sugiriendo un paso desde la ciudadanía legal a la constitucional, el autor propone que la concepción política sobre la que esta última se erige, debe llevarnos a repensar los espacios de participación que se le reconoce a la infancia para que ella misma pueda desarrollar sus propias formas participativas. En opinión de Lovera, esta transformación sobre la concepción de derechos políticos de los niños estaría emergiendo de las propias prácticas judiciales recientes. Prácticas que debieran forzar, a su vez, la adopción de medidas positivas o afirmativas que permitan crear estructuras adecuadas para la participación significativa de niños, niñas y adolescentes.

Tal vez una de las manifestaciones más claras de la aplicación concreta del ISN en el marco del ejercicio de la autonomía progresiva y del derecho a ser oído y tomado en cuenta, es el de la auto-definición de la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Ello es analizado por *Ximena Gauché*, quien propone un abordaje integral y amplio de la identidad en la infancia y la adolescencia, asumiéndola como una cuestión de derechos, enmarcada en el ejercicio de los demás derechos establecidos en la CDN y con respeto a los principios que deben comandar ese ejercicio. En especial, la autora propone una comprensión de la identidad de los niños, incluida la identidad sexual, en el marco de un sistema de derechos fundamentales y no como una cuestión de valoraciones individuales o grupales con pretensión de universalidad. Así entendido, el derecho a la identidad puede jugar un rol vital en una futura Constitución, a la vez que respecto a todas las leyes y políticas que en torno a la infancia se diseñen.

El desarrollo de una vida digna y en condiciones de plena igualdad para los niños es una de las expectativas más centrales que se encuentran a la base de la CDN. *Claudio Nash* nos provee de una mirada “amplia” del derecho a la vida, que también considere condiciones mínimas de subsistencia y que permita el desarrollo de los niños. Revisando algunos ejemplos constitucionales comparados, a la vez que el desarrollo del derecho internacional de los

derechos humanos, el autor propone una reconceptualización del derecho a la vida en la Constitución: una que contenga prestaciones que garanticen condiciones suficientes para el desarrollo no de cualquier tipo de vida, sino de una vida que pueda ser vista como “digna”.

La idea de una vida digna se relaciona fuertemente, a su vez, con la garantía de una vida libre de discriminación para los niños y en la que el Estado asegura condiciones “fácticas” (y no meramente formales) de igualdad e inclusión. Es precisamente ese argumento el que desarrollan *Amaya Álvarez* y *José Zawasky* en su capítulo sobre el derecho a la igualdad. Los autores sostienen que la existencia de una teoría incompleta de igualdad y no-discriminación en el texto constitucional chileno no ha sido suplida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema en Chile. Para ello, argumentan, se requiere una reformulación profunda de la garantía de igualdad y no discriminación que permita que ella adquiera un matiz substantivo. Una transformación que permita avanzar hacia una concepción de la igualdad “por la ley” (en que se intenta subsanar desigualdades fácticas) y “en la ley” dentro del marco constitucional, lo que exige un análisis relacional.

Un orden constitucional respetuoso de la CDN no solo contiene disposiciones, principios y reglas que garantizan los derechos civiles y políticos de los niños. Como he indicado en el acápite anterior, en un esquema de reconocimiento a los derechos fundamentales de los niños, también debe haber espacio a la consagración efectiva de sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Es a ello a lo que se dedican los capítulos referentes al derecho a la salud (o el cuidado sanitario), la educación y la interculturalidad.

Constanza Salgado presta atención a la necesidad de reconocimiento constitucional del derecho a la educación. Pero no de cualquier derecho a la educación, sino a uno que sea de “calidad”. En otras palabras, y siguiendo la evolución doctrinaria de este derecho por parte del derecho internacional de los derechos humanos, la autora sostiene que el derecho a la educación no solo exige satisfacer una dimensión cuantitativa (cobertura) sino que también requiere satisfacer una dimensión cualitativa (calidad). Y esta segunda dimensión, a su vez, se relaciona con diversas dimensiones esen-

ciales que el orden constitucional debe garantizar, incluida la consecución de los llamados “fines de la educación”. Una cuestión similar sostiene *Alejandra Zúñiga* en relación a la necesidad de reconocimiento de un derecho a la salud (o al cuidado sanitario), en términos que sea de cierta entidad. Para Zúñiga el cuidado sanitario de los niños, niñas y adolescentes constituye un derecho que posee ciertas particularidades que lo distancian del mismo derecho cuando es aplicado a los adultos. Y de ello se deriva la necesidad de su regulación especial, en términos de garantizar un “mínimo sanitario decente” a todo niño que lo necesite, esto es, de modo universal. A su vez, la autora identifica una lista de problemas que, en materia sanitaria, requieren de un trabajo específico en el caso de los niños y que se relacionan con ámbitos tales como su autonomía progresiva, el acceso a la salud sexual y reproductiva, la consideración de la opinión de los niños en las decisiones médicas, la cobertura de patologías propias de la niñez, entre otras.

Pertenencia cultural, derecho democrático y derechos de los niños es lo que *Luis Villavicencio* examina en base a un modelo de interculturalidad constitucional. El autor explora el lugar de la cultura en una concepción revisitada de la ciudadanía y, desde ahí, avanza hacia la necesidad del reconocimiento de la interculturalidad en relación a la infancia. Su tesis central es que la pretensión de aplicar los derechos consagrados en la CDN –de clara inspiración transcultural– a niños, niñas y adolescentes indígenas, demanda instaurar un modelo jurídico intercultural y pluralista. Dicho modelo, de acuerdo a Villavicencio, se encuentra limitado por los principios mínimos de una democracia deliberativa que permita asegurar los derechos para los niños indígenas, teniendo en cuenta su interés superior y autonomía progresiva, modulados desde una aproximación interseccional que tome en consideración su origen étnico, condición social y género.

Una ciudadanía intercultural y plural no solo debe ser sensible a las aspiraciones normativas de los niños indígenas. Aun cuando su contexto cultural es distinto, los niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados también tienen derecho a recibir una protección constitucional en el marco del sistema democrático de derecho. Tomando en cuenta el contexto actual de los flujos migratorios y de asilo o refugio, *Corina Courtis* y *Delfina Lawson* prestan atención a las diversas dificultades que niños migrantes, solicitantes

de asilo y refugiados experimentan en el país, a la vez que avanzan una propuesta de reconocimiento constitucional del derecho humano a migrar y del deber de protección especial que le corresponde al Estado con relación a los niños y niñas en el contexto de la movilidad. A su vez, las autoras llaman la atención respecto a la necesidad del reconocimiento formal de una serie de derechos especialmente relevantes para los niños migrantes y refugiados, entre otros, el derecho a la no-discriminación, a la vida familiar y a la identidad (incluido el derecho a la nacionalidad).

Este libro concluye con un capítulo dedicado a un grupo específico de adolescentes que, a pesar de su bajo número de participación en el delito, suelen ser blanco constante de criminalización y control. *Álvaro Castro* revisa en detalle los principios constitucionales e internacionales más relevantes en materia de justicia penal juvenil. En especial, el autor analiza el rol que tendrían los principios de dignidad humana y principio de igualdad como límites al *ius puniendi* en el campo del derecho aplicable a adolescentes en conflicto con la ley penal. La conclusión central de Castro es que del principio constitucional de la dignidad humana (y su sub-principio de “proporcionalidad”) se desprende para el legislador la obligación de establecer un sistema penal juvenil *menos lesivo* que el de los adultos. Y del principio de igualdad constitucional se inferiría, a su vez, la obligación de establecer un derecho penal *especial* para los adolescentes, donde los procedimientos, las sanciones y la ejecución de las mismas sean distintos a los de los adultos.

Pensar este libro y nutrirse de las visiones originales e inspiradoras de los autores ha sido una experiencia intelectual rica y estimulante. Esperamos que las discusiones, críticas y propuestas dogmáticas acá contenidas contribuyan a la consolidación de un derecho constitucional que puede pensarse, también, desde y para los niños, niñas y adolescentes. Este tipo de aportes desde nuestro mundo jurídico adulto, sin embargo, es solo una parte de lo que esperamos constituya la gramática constitucional de Chile. Un relato jurídico donde los niños, niñas y adolescentes mismos deben ser también escuchados con atención y respeto. Y donde su voz sea central para la construcción del país que soñamos.

Miguel Cillero Bruñol

**Interés Superior del Niño: apuntes
para su reconocimiento constitucional**

Miguel Cillero Bruñol*

Interés Superior del Niño: apuntes para su reconocimiento constitucional

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

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 (artículo 3.1).

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado... (artículo 16.3).

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (artículo 25.2).

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19).

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se examina si existen fundamentos para promover un reconocimiento constitucional de alguna forma de prioridad a la protección de los derechos de los niños en el marco de un sistema constitucional y qué relaciones existirían entre esta prioridad y el principio del interés superior del niño (en adelante ISN), contenido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Universidad Diego Portales e Investigador Afiliado Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

La exposición parte del análisis de la relevancia constitucional que tiene la relación entre los principios de dignidad de la persona e igualdad con el reconocimiento y protección de los derechos de los niños y el principio de interés superior; continúa con una consideración de cómo el ISN puede limitar al legislador, en la medida que se le reconozca una jerarquía constitucional y su contenido se identifique con los derechos fundamentales. Luego se revisa, brevemente, la evolución de la regulación constitucional de la familia y de los derechos del niño; y a continuación se describe cómo ha sido recogida la prioridad de los derechos del niño en la doctrina y en algunas Constituciones de América Latina.

2. LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IGUAL DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

La noción de igual dignidad de la persona humana se encuentra en las raíces del pensamiento constitucional, y su validez política y jurídica debe estimarse con independencia de los niveles de concreción y respeto que de ésta se haya logrado en cada época histórica. Asimismo, la dignidad humana, como fundamento común de los derechos fundamentales, *debe*, aunque pocas veces lo haya sido, considerarse con independencia de la edad y estado de desarrollo de las personas, comprendiendo, en consecuencia, a la infancia y adolescencia.

Para efectos de esta exposición, la formulación pretende prescindir de la discusión entre una fundamentación filosófica o moral de los derechos humanos y la justificación pactista y positivista, asumiendo, sin embargo, que como plantea Bobbio (1991), la historicidad de los derechos fundamentales y su carácter de conquista política constituyen una realidad indiscutible en nuestro sistema jurídico, situación que se acentúa en relación a los derechos de los niños. Particularmente relevante es considerar que, cualesquiera sean sus fundamentos filosóficos, la progresiva positivización de los derechos fundamentales ha desarrollado un proceso de *especificación* dirigido a ciertos grupos de sujetos, entre los cuales están las mujeres y los niños. Estos derechos *específicos*, según Peces-Barba (1994, pp. 629-630), “están fundados en el valor de la igualdad” y tienen como objetivo la “equiparación”.

La consagración universal de estos derechos a colectivos específicos supone consagrar “derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades, sólo para los miembros de esos grupos, aunque la finalidad es que con esas ayudas, en forma de derechos fundamentales, puedan equipararse al resto de los hombres y ciudadanos, que no están concernidos y no son titulares de esos derechos porque no lo necesitan. Podríamos decir que son derechos que surgen precisamente para que sus destinatarios puedan llegar a gozar igual que el resto de los titulares, de los derechos individuales, civiles y políticos de los mismos”.

La cuestión de la *extensión* de la igualdad de derechos depende del grado de *democraticidad* de la sociedad, es decir, de “la supresión o reducción de las diferencias de *status*” (Ferrajoli, 2001, pp. 21-22) entre los sujetos. Son precisamente estas relaciones las que en nuestro tema de estudio se expresaron con particular intensidad en diferencias de trato a las personas menores de edad, y que permiten afirmar que llegaron a cristalizar en un *status* de dependencia basado en la relativización y anulación de la *capacidad de obrar de las personas menores de edad*, bajo la fórmula de *sujetos pero incapaces* (Cillero, 2003). Es este estatus jurídico disminuido y dependiente de los niños el que el *corpus iuris internacional de protección de los niños* viene a modificar.

Si como señala Dworkin (1989, p. 303), “la institución de los derechos es [...] crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”, la necesidad de reconocer y garantizar los derechos de los niños se torna decisiva para garantizar la integridad y el respeto de la persona humana durante la infancia y hasta alcanzar los 18 años. La protección de los derechos humanos pierde todo sentido si se entiende condicionada a una edad o etapa de desarrollo. Lo que ha de examinarse, en cambio, es de qué modo y con qué nivel de especificidad e intensidad debe definirse la protección, promoción y garantía jurídica del ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales a las personas que se encuentran en una especial etapa de desarrollo, caracterizada como la infancia y la adolescencia.

El expreso reconocimiento constitucional de los niños como sujetos de derechos fundamentales, que se ha hecho común en el derecho constitucional e

internacional contemporáneo, parece ser el resultado de la superación de la experiencia práctica de la negación de las cualidades jurídicas de los niños como sujetos de derecho y, en consecuencia, de la necesidad de fundamentar los deberes de protección a la infancia como resultado del reconocimiento y de la adjudicación de derechos fundamentales a los niños, y no solo como consideraciones de bienestar social, utilidad colectiva o amor familiar.

La idea de *personalidad*, entendida como una dimensión de la persona “irreductible a cualquier otra cosa que no sea el reconocimiento de su individualidad, su humanidad, su dignidad social...” (Rodotà, 2014 p. 17), se encuentra en el centro de la construcción de todo sistema de derechos fundamentales, sea que este reconocimiento se desarrolle en el orden del derecho internacional de los derechos humanos, o en el sistema constitucional estatal. La personalidad limita y orienta la soberanía, la razón pública, al mercado y debe ser protegida por el derecho con sus instrumentos de mayor jerarquía nacional e internacional, ya que constituyen el fundamento de los derechos humanos y, como se ha afirmado por Ferrajoli, la “dimensión sustancial de la democracia” (2001, p. 21).

Fue Arendt (1998, pp. 248-249) quien ofreció una síntesis de esta reflexión, con la fórmula que “el derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendría que ser garantizado por la misma Humanidad”. Esta concepción nos parece el punto de partida ineludible para examinar la cuestión del lugar que los derechos de los niños puedan tener en los textos constitucionales, ya que justamente el reconocimiento jurídico y práctico de los derechos de este colectivo de personas ha transitado más por los caminos de la ignorancia y la falta de respeto que por los del reconocimiento y de la garantía, cuestión que, en el plano normativo, empezaría a variar con la aprobación en 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el progresivo reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los niños.

Por su parte, la relación entre los derechos fundamentales se caracteriza por ser *inclusiva* –son para todos– y no por la exclusión del otro. En un sentido inverso, se puede decir que los bienes que no son derechos fundamentales

porque no son inherentes a la dimensión de la *personalidad*, pueden ser distribuidos con menores exigencias regulativas de igualdad a través de mecanismos como el mercado, la propiedad, o quedar sujetos a la razón pública y a cálculos de interés para la mayoría. Pero los derechos de los niños tienen la particularidad no solo de ser derechos fundamentales caracterizados por su condición inclusiva y universal, sino que, además, su protección es esencial e ineludible, ya que tanto el ejercicio como la protección de los derechos de los niños se constituyen en la condición de la formación y del desarrollo progresivo de la *personalidad* y, como se ha señalado, son una condición para la creación de las *oportunidades sustantivas* para que la persona adulta sea *autosuficiente* (Nussbaum y Dixon, 2012, p. 571).

Finalmente, se debe considerar que individuo y convivencia social se encuentran indisolublemente unidos en el campo del derecho y, por ello, la doctrina jurídica ha ido desmontando aquella tradición separatista entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales por otro, que fue objeto incluso de convenios internacionales separados. En ese proceso de deconstrucción resulta interesante recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño rompe esa tendencia, conteniendo en un solo cuerpo jurídico ambos tipos de derechos.

La CDN se caracteriza, precisamente, por su integralidad, es decir, por abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, según lo dispone el artículo 27 del tratado. En consecuencia, por ello ha sido descrita como un “puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos” (Himes, 1995, p. 223), promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia. Por su parte, en el ámbito formal se afirma que, “mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales” (Grant, 1993, p. 6).

De este modo, “todos los derechos civiles, políticos y sociales pueden conectarse... tanto al principio de igualdad formal, que proscribe la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, que obliga a remover o

compensar las desigualdades fácticas” (Pisarello, 2007, p. 46), asimismo, “la libertad positiva, precisamente, estaría estrechamente ligada al derecho no ya a no ser interferido, sino a recibir aquellos recursos que permitan una vida libre de la dominación de otros y la posibilidad, al mismo tiempo, de definir con otros el sentido de la comunidad en condiciones de aproximada igualdad” (Pisarello, 2007, p. 43).

2.1 El interés superior del niño en el derecho internacional: garantía y prioridad

El objetivo o la finalidad del conjunto de las disposiciones contenidas en la CDN es favorecer y asegurar la protección y garantía del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6), entendido este último como el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27). El desarrollo del niño podría ser considerado como una orientación teleológica o finalista, cuya expectativa de cumplimientos se basa en el reconocimiento de la titularidad del niño a un *derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo*, que es un derecho que constituye una síntesis del conjunto de derechos de la CDN, cuya satisfacción supondrá que la totalidad de derechos y garantías de no interferencia y protección contenidas en la Convención se han cumplido adecuadamente.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas caracteriza al desarrollo con el adjetivo *holístico*, señalando que “espera que los Estados interpreten el término «desarrollo» en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”. La CDN también utiliza el concepto de desarrollo al disponer que la educación tiene por finalidad “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (artículo 29.1).

Evidentemente, la *novedad constitucional* de principios como la igualdad, autonomía y participación y la protección del desarrollo de los niños, no es muy relevante en las Constituciones modernas que ya los recogen

ampliamente, si bien respecto de ellos se requieren especificaciones y reforzamientos en el caso de los niños. La verdadera novedad constitucional y discusión vienen dadas por la idea de prioridad de los derechos de los niños y de las obligaciones que de ésta se derivan, emanadas del reconocimiento del ISN como una prioridad por parte del derecho internacional de los derechos humanos.

En la Observación General N° 14, el Comité de los Derechos del Niño define al ISN como *un derecho, un principio, y una norma de procedimiento* que tiene por objetivo *garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño*.

El Comité sostiene que el artículo 3.1 de la CDN “establece uno de los valores fundamentales de la Convención”, introduciendo otra dimensión al concepto de interés superior, ahora de carácter axiológico, es decir, expresaría uno de los *valores jurídicos superiores* de la CDN que debería ser traspasado a los textos constitucionales.

Para examinar este punto, sin pretender asimilar los argumentos a estructuras jurídicas diferentes, se puede tomar como referencia la interpretación de Peces-Barba sobre la *función* que cumplen en un texto jurídico este tipo de enunciados. El autor citado propone entender a los denominados *valores superiores contenidos en el artículo 1.1 de la Constitución española*, como el resultado de una construcción conceptual de tipo normativa y sistemática, que se aleja del iusnaturalismo y de una justicia positivista “puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico”, sino que entrega pautas sustantivas *materiales* y no *puramente formales*, como ocurriría en el modelo *kelseniano* (Peces Barba, 1988, pp. 27-28).

Este rol que el autor reconoce a los *valores superiores* es funcionalmente equivalente con el que tienen los principios de interés superior, autonomía y no discriminación en la CDN: entregar un fundamento axiológico, estabilizado por el derecho positivo, a la idea de protección de los derechos humanos de los niños, que es el objetivo que subyace a las disposiciones de la Convención, que podemos sintetizar bajo la fórmula de *protección y*

garantía efectiva, prioritaria e igualitaria del ejercicio autónomo del derecho del niño al desarrollo (Cillero, 2016, p. 105). La pregunta central que hay que responder en el caso de Chile es si este carácter de *valor jurídico superior* del ISN justificaría su inclusión en el texto constitucional.

2.2 Breve análisis del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 3.1. 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.

En esta formulación es posible destacar tres aspectos centrales: es un *mandato* que se dirige a un amplio arco de destinatarios; establece una protección prioritaria; y, la CDN no define ni el contenido ni la función del principio.

A diferencia de la Declaración de 1959, en que la consideración del ISN se dirigía solo al legislador y a los padres, en la CDN la norma está destinada a regular y orientar las actuaciones de todos los poderes del Estado e instituciones privadas de bienestar social en relación a los niños. Asimismo, el artículo 18 extiende expresamente su ámbito de incidencia a las relaciones de crianza, señalando que “incumbirá a los padres o, en su defecto, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el ISN”. Vale decir, el principio pasa a ser un criterio general regulador y orientador de las relaciones de los niños en el ámbito de las instituciones públicas o privadas y de sus relaciones de familia (Cillero, 2016, p. 109).

El carácter prioritario o el establecimiento de una preferencia del interés del niño por sobre otros intereses tiene repercusiones en el ámbito de las políticas públicas, de las actuaciones de la administración y de la justicia y, también, debe considerarse para resolver conflictos en caso que concurran derechos contrapuestos.

En la historia de la redacción de la CDN se observa que, en principio, se mantenía la idea que el ISN era *la* consideración fundamental (propuesta de Polonia), pero luego, en las sesiones de 1981, se consideró el término *una* consideración primordial, “lo que según consta en el debate fue aceptado para lograr el consenso por algunos, considerando que sus legislaciones nacionales podían subir ese estándar, o bien en opinión de otros porque efectivamente había casos en que debía admitirse algún tipo de ponderación” (Cillero, 2016, p. 111).

Esta decisión nos parece acertada desde un punto de vista técnico jurídico (Cillero, 2016, p. 111), más allá de haber permitido el consenso político, ya que, en una hermenéutica rigurosa, el artículo 3.1, en coordinación con el artículo 41, no impiden conceder un estándar de peso mayor al ISN, como de hecho se hace en la propia CDN en el supuesto de la adopción (artículo 21), en otros tratados (como en el artículo 17 de la Convención Americana), o en el ordenamiento jurídico nacional. Así, Brasil lo hace en su Constitución de 1988 y en el Estatuto del Niño y del Adolescente, en que reconoce una *prioridad absoluta* a los derechos de los niños; la “Children Act” de 1989 del Reino Unido que consagra el interés superior como *la consideración fundamental*, y el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, establece en su artículo 8.3 que los “Estados Partes velarán por que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo la consideración primordial sea el ISN”.

En consecuencia, parece correcta la técnica jurídica de la CDN de establecer un criterio general de prioridad que debe ponderarse con otros criterios preferentes que sean igualmente relevantes para el derecho internacional. Debe advertirse, como argumento adicional, que la CDN, en casos específicos, concede explícitamente una prioridad de mayor peso al ISN, e incluso lo consagra como excluyente de otros intereses o derechos en supuestos como el de la adopción; este tratamiento excepcional permite sostener que es razonable interpretar la prioridad general del artículo 3.1 como de un alcance menos exigente, es decir, como un principio no excluyente de otras prioridades de igual rango normativo en el derecho internacional (Cillero, 2016, p. 112).

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO GARANTÍA DE LA SUJECIÓN DEL LEGISLADOR AL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tanto la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, como la Convención de 1989, establecen al legislador como uno de los destinatarios de las obligaciones que impone el principio de ISN. Con ello se plantea una cuestión de justificación de ese *mandato limitador* de la soberanía estatal, a través de un precepto de contenido jurídico relativamente indeterminado como es el del interés superior. Pero justamente esa función limitadora del legislador que le otorga el derecho internacional al ISN, nos debe dar una orientación para determinar el contenido y la naturaleza jurídica de esta cláusula, presente en tantos cuerpos nacionales e internacionales.

En primer lugar, debemos examinar qué naturaleza jurídica, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho, tiene el principio del ISN si pretende *guiar* la propia actuación legislativa. Como es sabido, una primera respuesta es que en el ámbito internacional existe una primacía del derecho convencional por sobre el nacional, a partir del principio del *pacta sunt servanda* y que no se podrá alegar la falta o contradicción con el derecho interno para no dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del tratado¹. Sin embargo, la consagración o recepción de una formulación del ISN como consideración primordial que limita al propio legislador en el ámbito interno, reclama para sí misma una jerarquía diferente y superior a la ley que solo puede justificarse si se reconoce una jerarquía constitucional al principio, ya que solo la Constitución puede limitar y orientar el ejercicio de las facultades soberanas del legislador.

Esta conclusión debiera, en segundo término, ser relevante para definir el contenido del principio. Si desde un punto de vista constitucional, como se ha visto en el apartado anterior, la limitación de la soberanía del legislador solo se puede argumentar sustantivamente, esto es por su deber de promoción,

¹ No se entrará aquí a la discusión sobre la aplicación directa del derecho internacional ni a la revisión de las teorías monistas o dualistas, en la medida que en Chile, como en gran parte del mundo occidental, finalmente el debate de primacía de aplicación en las instituciones nacionales del derecho internacional sobre la ley nacional se resuelve por las propias reglas de recepción contenidas en el texto constitucional como, en nuestro ámbito, el artículo 5 inciso segundo de la Constitución.

respeto y garantía de los derechos fundamentales, es posible colegir que el ISN podrá limitar al legislador en la medida que el *contenido específico* de este principio deje de ser indeterminado y se identifique, en cambio, con la protección y garantía de los derechos fundamentales de los niños. Con lo cual, se termina por identificar el contenido sustantivo del ISN con la protección y el disfrute de sus derechos fundamentales, o dicho de otro modo, como un principio garantista de protección *prioritaria* de los derechos de los niños, que permite configurar, por un lado, un estatuto reforzado o una supraprotección de los derechos de los niños (Cillero, 1998) y, por otro, un criterio de precedencia relativa en los casos de ponderación de derechos.

Como afirma Prieto Sanchís (1998, p. 38), “que si bien la ley no puede entenderse, ni siquiera idealmente, como una deducción de la preceptividad constitucional, resulta indispensable que tampoco entre en contradicción con respecto a ella, lo que requiere efectuar un juicio acerca de su racionalidad normativa muy diferente del que supone comprobar la legalidad de una sentencia; en cierto modo, como hemos dicho, el antiguo juicio externo o ético sobre la justicia de la ley se ha transformado en un juicio interno o jurídico sobre su validez”. Al aplicar esa idea al análisis sobre el ISN como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales, se puede entender por qué el Comité de los Derechos del Niño propone que en los procedimientos legislativos se examine la conformidad de la ley al interés superior, o que en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor de España, en su última modificación en el año 2015, se estableciera la obligación de la evaluación del impacto normativo sobre los derechos de los niños de las leyes y reglamentos relativos a los derechos del niño (artículo 22 quinquies de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor).

Finalmente, también es posible inferir que si la ley es expresión de la voluntad general, ella debe primar sobre la voluntad del juez o de la autoridad administrativa. El estricto apego a la ley del juez y de la administración sigue siendo una obligación de la que no es posible sustraerse apelando a un supuesto ISN definido por cualquier autoridad en contra de la ley. En caso que la ley o su aplicación lesione los derechos fundamentales y, en consecuencia, el ISN, se deberá proceder de acuerdo a los mecanismos de no aplicabilidad de una ley inconstitucional que se contengan en el sistema

jurídico, criterio que se ha seguido en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de 12 de abril de 2016, que declaró inaplicable el artículo 367 del Código Civil relativo al orden de prelación de los llamados a asumir las guardas de las personas menores de edad por no permitir una *ponderación judicial* que permita “regular su régimen de cuidado con primordial consideración al ISN”, lo que vulnera la garantía igualdad ante la ley establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política (considerando trigésimosexto).

En este sentido, por una cuestión de estructura de las fuentes de aplicación del derecho, se puede concluir:

- i) *el ISN debe ser reconocido como un principio garantista de carácter constitucional que orienta y limita la actividad del legislador;*
- ii) *el ISN, como garantía ante el legislador, solo puede ser justificado en la medida que su contenido específico se identifique con los derechos fundamentales; y*
- iii) *el ISN obliga a la administración y al sistema judicial a someterse a la ley y a las exigencias normativas derivadas de la promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales.*

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR²

La evolución de la regulación de la familia por los textos constitucionales constituye un segundo argumento que nos permitirá acercarnos progresivamente a examinar si es justificada la inclusión de los derechos de los niños, y de la garantía de prioridad, en el ámbito de la regulación constitucional de las relaciones de familia. En la medida que la Constitución regule las

²En esta sección se aborda esta relación solo respecto al ISN, en atención a que la profesora Lathrop desarrolla ampliamente el tema en este mismo libro en el artículo titulado “Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña o adolescente”. Particularmente se excluye el examen del tratamiento constitucional específico de la familia en el derecho chileno.

relaciones familiares, ya sea a nivel de garantías institucionales o como reconocimiento de derechos fundamentales de sus miembros, cobra relevancia la pregunta sobre el modo y la jerarquía que los derechos de la infancia deberían tener en los textos constitucionales.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 hace posible *emancipar* los fundamentos de la protección, la condición de vulnerabilidad y las relaciones de dependencia a las que tradicionalmente había sido confinada la protección de la infancia por el derecho tutelar y de familia surgido a partir de la codificación, y profundizado por las leyes de menores del siglo XX (Cillero, 2003). En este sentido, las nuevas concepciones permitirán plantear el problema de la eficacia de los derechos fundamentales de los niños en el ámbito de las relaciones de éstos con la familia, la sociedad y los poderes públicos. El nuevo derecho de familia, fundado en el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus miembros, más que en instituciones como el matrimonio o la filiación (Valpuesta, 2012; Espejo, 2016), servirá de base a nuestro análisis.

Las relaciones entre las personas menores de edad y el derecho han estado vinculadas estrecha, aunque no exclusivamente, a la regulación jurídica de la institución familiar. En una primera etapa de la modernidad, a partir de los Códigos Civiles decimonónicos que consagraron la laicidad y estatalidad de los vínculos jurídico familiares, esta relación era de absoluta dependencia, en cuanto los niños adquirirían relevancia y existencia jurídica casi exclusivamente a partir de su pertenencia *institucional* a la estructura familiar.

Posteriormente, en la medida que se modificó social y jurídicamente la estructura familiar, se abrió paso a la posibilidad de considerar a los niños en su condición de individuos diferenciados de la estructura familiar a la que se encuentran integrados. Hecha esta diferenciación se hizo posible aplicar la teoría de la “eficacia de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de familia”, proceso reciente que, a su vez, abrió la posibilidad de comprender las relaciones de familia como interacciones entre sujetos de derecho.

Finalmente, y para cerrar el proceso de evolución conceptual, estas transformaciones fueron las que permitieron desarrollar una comprensión diversa

de la función jurídica del principio del ISN, que solo entonces se pudo configurar como un criterio diferenciado del interés de los padres, y que, como se ha dicho, consiste en el ejercicio y satisfacción de sus derechos (Cillero, 1998).

En conclusión, sostengo que, en el ámbito del derecho de familia, la actual noción de ISN elaborada a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño es tributaria de una serie de transformaciones conceptuales que se estructuran a partir de la comprensión de las relaciones de familia como: i) un interés público; ii) fundado en interrelaciones no basadas en la dependencia a la autoridad paterna; y iii) desarrolladas entre personas que se reconocen recíprocamente la condición de sujetos de derecho. Todos estos elementos se encuentran regulados constitucionalmente en el derecho comparado y creemos deberían estarlo en los que aún no los consagran explícitamente.

4.1 La familia: de los Códigos Civiles decimonónicos a la Constitución y al derecho internacional

Valpuesta (2012, p. 99) pone de manifiesto que con la entrada en vigencia de los Códigos Civiles decimonónicos las relaciones de familia dejaron de estar dentro del ámbito privado o religioso, por lo que “la regulación de las relaciones familiares era asunto del Estado, con independencia de la influencia que en los mismos ejercieran las confesiones religiosas”. La familia de los Códigos decimonónicos representaba los valores políticos de la sociedad que los cobijaba, que tenía en el “varón, burgués y padre de familia”, su personaje principal y en las nociones de propiedad, contrato y familia las piezas centrales de la sociedad que se pretendía construir y mantener (Valpuesta, 2012, p. 100).

La sola regulación en el Código Civil ya indicaba que la familia quedaba situada en el ámbito privado, pero la estructura específica de las relaciones jurídicas que la constituían estaba marcada adicionalmente por una restricción a la autonomía de la voluntad de los miembros que dejaba la dirección interna de la familia “a la autoridad del marido o del padre que en el ejercicio

de las facultades legalmente atribuidas ejercía el gobierno sobre la misma”. De ese modo, la libertad e igualdad que se proclamaron para las relaciones sociales en general, en el período de la codificación, “se quedaron en el umbral de la familia” (Valpuesta, 2012, pp. 101-102).

Será en el siglo XX cuando se produce una “asunción de la familia por las constituciones”, que refleja una transformación por la cual se establece que los poderes públicos pueden y deben intervenir en el ámbito familiar en defensa del interés general, que se orienta, en un primer momento, al resguardo de la propia institución. En esta evolución confluyen diferentes elementos, entre los que se destaca la inestabilidad del vínculo familiar, el auge de los movimientos feministas y la progresiva recepción en los sistemas constitucionales del llamado *Estado Social*.

En consecuencia, desde ese momento, al reconocimiento jurídico de la institución social familiar hecha por los Códigos Civiles se une una garantía de permanencia y protección constitucional a la institución familiar, a la que posteriormente se agregaría una protección de los derechos fundamentales en el ámbito familiar que sería, en muchos casos, reconocida primero y más extensamente por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el caso de los niños y de las mujeres. Este proceso nos llevó, en los ordenamientos jurídicos más avanzados, a la actual regulación constitucional e internacional del derecho de familia que, por una parte, es una garantía a la institución familiar y, por otra, también reconoce derechos fundamentales de sus miembros, derechos de libertad –por ejemplo, a contraer matrimonio– y de protección y auxilio recíproco. Analizaremos brevemente a continuación esta evolución para poder fundamentar la justificación sistemática de reconocer constitucionalmente los derechos del niño en el ámbito de las relaciones de familia y su consonancia con el principio de interés superior.

Fue la *Constitución de Weimar* (1919) la que marcó un cambio de tendencia que sería relevante para el futuro del constitucionalismo europeo y de todo el mundo occidental (Velloso, 1982, p. 186). En la Parte segunda del texto constitucional, relativa a los *derechos y deberes* de los alemanes, se contempló una sección II que se refería a la *vida social*, que contuvo disposiciones

específicas sobre la vida familiar, el matrimonio, la igualdad de los hijos y los deberes del Estado para con la familia y la juventud. Estas normas estaban complementadas por el artículo 146 relativo a la enseñanza pública, que garantizaba que “para la admisión de un niño en una escuela determinada no se atenderá más que a su capacidad y vocación, ni a la posición social o económica, ni a la confesión religiosa de sus padres”.

En estos artículos queda de manifiesto la presencia de ideas provenientes de distintas vertientes de pensamiento –liberales, conservadoras y socialistas– que confluyeron para la concreción de una protección constitucional de la familia basada en tres ideas centrales: protección de la institución matrimonial; la igualdad de sexos y de los hijos; y los deberes del Estado de proteger a la familia y a sus miembros. La familia aparece en el Estado Social como destinataria de políticas públicas, pero también como una pieza fundamental para asegurar la cohesión social y la asistencia a sus miembros, en especial los más necesitados: familias numerosas y los hijos nacidos fuera del matrimonio.

La ausencia de una doctrina de jerarquía de la Constitución que permitiera disciplinar la actividad legislativa por el texto constitucional, le otorgaba especial fragilidad a la Constitución de Weimar en aquellas materias en que no se estaba en presencia de un *derecho fundamental*, y cuya regulación quedaba entregada a una ley ordinaria. Por ello la doctrina elaboró lo que técnicamente Schmitt (1996, p. 175) denominó como garantía institucional, es decir, instituciones especialmente protegidas que no podían removerse o modificarse solo por ley, entre las que se encontraban no solo los derechos fundamentales de carácter individual, sino que ciertas realidades jurídicas o comunidades que se consideraban básicas para el modelo de sociedad que propiciaba el texto constitucional, entre las que se encuentra la familia. Así, la constitución conyugal y las propias relaciones de familia adquirieron mayor estabilidad al reconocérseles la categoría de *garantías institucionales*, por la cual su modificación no quedaba al alcance de una ley ordinaria, haciéndose necesario una reforma a la propia Constitución.

La garantía institucional se define en términos de permanencia y *protección*, y actúa en un nivel diferente a los derechos fundamentales de libertad,

situándose en lo que se puede denominar la dimensión social de la Constitución de Weimar. La estrechez de este enfoque y la diferencia entre reconocer a la familia como una garantía institucional y una concepción del derecho fundamental del niño a la convivencia familiar –como el contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño–, o la organización de la familia en clave de derechos fundamentales –recogida en el actual derecho de familia–, queda de manifiesto en las palabras de Schmitt (1996, p.177): “la familia como tal no tiene ningún derecho fundamental en sentido auténtico, y menos su miembro (sic) como tal. Solo puede ser protegida constitucionalmente como institución”³. En este sentido, bajo esta concepción ha de descartarse la idea de derechos fundamentales de los niños en el ámbito familiar, por lo que las disposiciones de la Constitución de Weimar, para Schmitt y sus seguidores, debían entenderse como una protección institucional de carácter constitucional pero diferente a las garantías otorgadas por los derechos fundamentales. Este limitado alcance de esta doctrina hizo necesario corregirla y, en consecuencia, posteriormente desarrollar directamente un conjunto de derechos fundamentales de los niños en el ámbito familiar; el primero de ellos, justamente, el derecho a la convivencia familiar, misión que desarrollan algunos textos constitucionales y, principalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales a partir de la Declaración Universal de 1948.

En las citadas normas nacionales e internacionales queda de manifiesto que la protección a la familia y a la infancia, y el reconocimiento de sus derechos, pasan a ser materias *especialmente* protegidas por el derecho constitucional, llegando a consagrarse una perspectiva jurídica que reconoce claramente la incidencia y relevancia de los derechos fundamentales en las relaciones familiares. La idea que los derechos fundamentales no se refieren solo a las relaciones con la autoridad pública, sino que tienen eficacia también en las relaciones entre particulares regidas por el derecho privado, tiene un largo asentamiento en la doctrina constitucional contemporánea, y una particular

³ Como es sabido, con estas teorías Schmitt (1996, p. 178) pretendía justificar una doctrina reducida de los derechos fundamentales y que polemizaba con la existencia de derechos sociales, reservando el concepto de derechos fundamentales a derechos de libertad anteriores al Estado, mientras que todos los demás serían estatus sometidos al reconocimiento estatal y que solo “existen dentro del Estado, no antes y por encima de él”, razón por lo que los llama garantías institucionales.

aceptación en el derecho de familia, con independencia de si se adhiere a doctrinas que dan mayor o menor amplitud a la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El fundamento de esta doctrina es que “el Derecho Privado y la Constitución no están el uno junto al otro sin relacionarse, sino que los derechos fundamentales, en cuanto orden objetivo de valores, tienen vigencia en todos los ámbitos del Derecho” (Starck, 2002, pp. 67-69). Este carácter de los derechos fundamentales como reguladores de las relaciones sociales se basa en una comprensión amplia de aquellos como derechos de libertad que se dirigen en todas las direcciones, y se puede señalar que ellos pueden ser descritos como ámbitos de inmunidad ante toda forma ilegítima de intromisión.

Sin embargo, este argumento no permite proponer el modo en que sistemáticamente se puedan aplicar estos efectos en la solución de casos concretos, dicho de otro modo, no basta con el reconocimiento de la familia o el matrimonio como una garantía institucional, es necesario avanzar hacia el reconocimiento de derechos fundamentales que produzcan efectos jurídicos en el ámbito familiar. Para justificar esta evolución se puede recurrir, como se ha dicho, a la doctrina de la eficacia respecto de terceros de los derechos fundamentales (*dritwirkung*), que con diferentes variantes justifican esta extensión que permite “determinar los límites al principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones inter privados” (Peña, 1996, p. 666), que vincula tanto al legislador como al sistema judicial. En este trabajo nos interesa solamente revisar aquellos fundamentos de esta doctrina que se refieren a las relaciones de familia y que puedan justificarse en la propia regulación constitucional de la institución familiar, desde la perspectiva del ISN.

4.2 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones familiares y el interés superior del niño

Con independencia de las construcciones teóricas que se han elaborado para explicar y fundamentar los alcances de la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, parece claro que existiría consenso en que los derechos fundamentales ejercerían una influencia en las relaciones entre privados, y que esa eficacia debería *irradiar*

su influencia también y especialmente en sede de adjudicación judicial. Esa influencia tendría tres dimensiones: como deber del Estado, como derecho del ciudadano ante el Estado —al resolver sobre cuestiones regidas por el derecho privado— y, también, en las relaciones entre particulares regidas por el derecho civil.

Esta doctrina, desarrollada en los años 50 del siglo pasado en Alemania, es conocida como *Dritwirkung* y fue asumida en 1958 en la Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]: “1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho” (Schwabe, 2009, p. 202). Esta decisión sería fundamental en la construcción de esta doctrina, que luego sería también asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*X e Y v. Netherlands*, 26 marzo 1985), que dispone en su numeral 23: “El Tribunal recuerda que, aunque el artículo 8 tiene esencialmente como objeto la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias: a esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar” [Sentencia Airey de 9 octubre 1979 (TEDH 1979\3), Serie A, núm. 32, pg. 17, ap. 32]. Estas pueden implicar la adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada incluso en las relaciones de los individuos.

La doctrina alemana ha discutido largamente sobre sus fundamentos, existiendo diversas teorías principales (Alexy, 1997, pp. 506-525; Starck, 2002, pp. 65-71): la doctrina de eficacia inmediata o directa; la aplicación mediata o indirecta; la doctrina crítica de Schwabe; la del deber de protección de Starck; y la teoría de los tres niveles de Alexy, que pretende resolver el *cómo* —es decir, una cuestión de *construcción*— y en *qué medida* —un problema de *colisión*— los derechos fundamentales ejercen influencia en el derecho privado. Para ello Alexy (1997, p. 516) plantea su modelo de tres niveles: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado.

Definido así el problema, el principio de protección de los derechos del niño –contenido tanto en el artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos– se relaciona con una cuestión de construcción que atinge al legislador y a la jurisprudencia civil que, como señala Alexy (1997 pp. 519-520), debe tener en cuenta en la “debida medida” los principios iusfundamentales, y las diferentes soluciones iusfundamentalmente correctas que pueda plantear el caso concreto al poner en juego las disposiciones civiles de la autonomía de la voluntad y las funciones parentales.

En relación a la eficacia ciudadano/ciudadano, Alexy señala que la particularidad del caso es que en esta hipótesis ambos sujetos son titulares de derechos fundamentales, por lo que en la relación entre privados puede darse una situación de colisión que debe ser resuelta en sede judicial, ponderando los principios y derechos iusfundamentales afectados y las normas propias del derecho privado llamadas a resolver el caso. En palabras de Alexy (1997, p. 523), para evitar que la legislación civil sea sustituida por la iusfundamental: “el juez civil está sujeto *prima facie* al derecho civil vigente, tal como se presenta bajo la forma de leyes, precedentes y dogmática consensuada. Si, sobre la base de los principios iusfundamentales, quiere apartarse de esto tiene que asumir la carga de la prueba”, que en este caso es fundamentalmente una carga argumentativa.

En este sentido, la comprensión de la cláusula del ISN como una disposición que obliga a que las decisiones estatales que conciernen a los niños se encuentren vinculadas por sus derechos formalmente reconocidos, viene a superar el “esquema paternalista/autoritario, en el que Juez, el legislador o la autoridad administrativa «realizaba» el ISN, lo «constituía» como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados” (Cillero, 1998).

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, como bien sostiene Garrido (2013, pp. 134-135), esta interpretación constituye al ISN en un “mandato adjudicativo específico” que obliga a los órganos judiciales que lo invoquen a “una correcta explicitación del argumento justificatorio” y, en consecuencia, de la satisfacción de criterios de “corrección argumental”, de la cual depende “la vigencia normativa del interés superior”.

Se advierte, en consecuencia, que el ámbito de las relaciones de familia entre sujetos titulares de derechos fundamentales es un espacio paradigmático donde es posible encontrar conflictos entre los derechos fundamentales de sus miembros, o de éstos con otros derechos e intereses, para cuya solución el juez debe recurrir conjuntamente a la normativa iusfundamental y a las normas de derecho de familia e infancia. Garrido (2013, p. 141) señala, con acierto, que para ello no siempre deberá recurrir a la ponderación entre dos soluciones plausibles, operando como un principio, sino que también puede operar como lo que Atienza (2004, p. 35) denomina reglas de fin, buscando ponderar los medios que permitan lograr la posición jurídica más idónea para el logro de un resultado constitucionalmente reconocido como válido (ídem, p. 195).

En consecuencia, podemos concluir que en las relaciones reguladas por el derecho de familia e infancia, nos encontramos paradigmáticamente en un ámbito de posibles colisiones entre derechos fundamentales, en las cuales el principio de prioridad del ISN puede tener un rol efectivo que jugar en la construcción del sistema. Esta conclusión doctrinaria tiene, por lo demás, una clara manifestación en el derecho internacional, tanto en el ámbito universal, interamericano como europeo.

En este sentido, es relevante que el interés del niño –su interés superior expresado en la protección y ejercicio de sus derechos– constituye, en las disposiciones de la Convención Americana (art. 17 citado) y Europea (art. 5: “Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos”), un principio de prioridad que claramente viene a modular, para el caso concreto, la primacía del interés del niño por sobre el principio de iguales derechos y responsabilidades de los padres, aunque dejando a salvo la prohibición de discriminación⁴. Es evidente que esta conclusión solo tiene

⁴Esta prioridad del ISN en ningún caso autoriza a discriminar arbitrariamente sobre las facultades de los padres, como lo dejó de manifiesto la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Ríffo y Niñas vs Chile*, 24.02.2012, que en su considerando 110 dispuso. “En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “ISN” un fin legítimo,

sentido, en sede judicial, si el principio de prioridad del ISN se sitúa sistemáticamente en el rango superior de las fuentes jurídicas, o al menos en un mismo nivel que el principio de igualdad de los padres en el ejercicio de sus funciones parentales.

Igual criterio parece ir adoptando la jurisprudencia chilena, siendo relevante que el Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas legales taxativas sobre el orden de prelación de los guardadores contenidas en el artículo 367 del Código Civil, reconoció que “se constituye como un derecho para el o los menores involucrados el que su interés sea considerado de manera primordial en la decisión judicial” (Fallo del 12.04.2016: considerando décimotercero).

Asimismo estableció que la aplicación estricta de las normas impugnadas del Código Civil colisionaba con el principio de ISN, ya que no habría espacio alguno a considerar el ISN, afectándose de ese modo, en el caso concreto, la garantía de igualdad ante la ley y de la integridad psíquica de los niños.

En concreto, se objetó por el Tribunal que, en un sistema de prelación legal, taxativo y rígido “el juez no tiene opciones, no puede ponderar situaciones de hecho. Tampoco está habilitado para considerar la opinión del pupilo. Tampoco tiene margen para ponderar la situación fáctica conforme al principio general del ISN” (considerando trigésimo séptimo).

En una de las prevenciones (Ministra Peña) se señala expresamente un argumento que si bien no es aún jurisprudencia constitucional, avanza en la línea sostenida por la doctrina, ya que afirma que además de afectarse la garantía de igualdad ante la ley y de protección a la integridad psíquica, en este caso se vulnera el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, ya

.....
la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El ISN no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”. Citando en el mismo sentido, jurisprudencia del TEDH.

que con la aplicación del 367 se “podría vulnerar el principio de ISN”, en cuanto se incumple con la obligación de “promover un derecho fundamental garantizado en un tratado internacional ratificado y vigente en Chile desde 1990”, como es el derecho de protección de su bienestar (artículo 3.2 de la CDN).

Es interesante que en esta prevención la Ministra Peña, si bien no define el ISN, le otorga claramente la función de garantía del conjunto de derechos del niño que rige el razonamiento judicial, por lo que la violación de un derecho —en este caso el de protección del bienestar del 3.2 de la Convención— constituye también una vulneración del ISN. Esta interpretación le permite concluir que “resulta acorde tanto a nuestra Carta Fundamental como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que el juez no se encuentre vinculado, perentoriamente, por un precepto legal que, aplicado en términos estrictos, puede llevarlo a él, como órgano del Estado, a adoptar una decisión contraria al ISN y, por ende, a la obligación que le impone el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución”.

Por su parte, en una segunda prevención (Ministros García y Pozo), se hace una elaboración más extensa sobre el ISN, su contenido y funciones, citando al Comité de los Derechos del Niño y el alcance obligatorio que, en virtud del artículo 5ª inciso segundo, tienen los derechos de las personas contenidas en el derecho internacional de derechos humanos. En concreto, respecto al punto, la prevención sostiene que también se ha infringido el “artículo 19 numeral 2º de la Constitución en relación con el artículo 5º inciso segundo de la Constitución, puesto que el tratamiento formal que realizaba el artículo 367 del Código Civil omitía el sentido del ISN que exigía un tratamiento adecuado y diferenciado a su propia condición de vulnerabilidad”.

Puesto que, como lo demuestra la evolución que se ha relatado, las Constituciones primeramente otorgaron una protección institucional a la familia y luego se desarrolló un reconocimiento de los derechos fundamentales de sus miembros, la pretensión de modular las relaciones de familia, reconociendo una prioridad relativa de los derechos del niño, exigiría que el principio que consagra la preeminencia —el del ISN en el ámbito familiar— sea reconocido por la propia Constitución.

5. LA PRIORIDAD RELATIVA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL: JUSTIFICACIÓN DOCTRINARIA Y ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO

Una vez expuestos los argumentos en relación a la sujeción del legislador al mandato de primacía del ISN y a la incorporación del principio en el haz de las relaciones de familia, se revisará ahora, más en general, la cuestión de la prioridad relativa de los derechos del niño como un principio constitucional que ha sido recogido en diversos textos constitucionales, como un criterio de prioridad de los derechos de los niños, incluso con un carácter de *prioridad absoluta* en el caso de algunas Constituciones de América Latina.

El reconocimiento constitucional de una protección de derechos fundamentales superiores a la ley se vio reforzado por la trascendental reforma constitucional de 1989 al artículo 5º inciso segundo, que agregó una referencia expresa al derecho internacional de los derechos humanos. Esta disposición constituye un mandato al conjunto de los órganos del Estado de adecuación de la legislación y sujeción de las actuaciones de la Justicia y la Administración a estos imperativos jurídicos.

En consecuencia, los derechos de los niños constituyen un límite y una orientación al ejercicio de la soberanía de los órganos del Estado, carácter normativo que se desprende de diversas normas constitucionales como los citados artículos 5º inciso 2º; 19 nº 3 (relativo a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos); y la prohibición al legislador de no afectar los derechos constitucionales en su esencia regulados en el artículo 19 nº 26. Todas estas normas tienen su correspondencia en el ámbito internacional por las obligaciones generales que se derivan directamente de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la obligación específica de dar plena efectividad a los derechos de los niños, establecida en el artículo 4 de la CDN.

La normativa superior actúa como una garantía de seguridad y como un desencadenante para avanzar en la eliminación de los obstáculos legislativos, o de otra índole, para el ejercicio pleno de los derechos, y obliga a los poderes públicos a realizar acciones específicas para asegurar la satisfacción

de los derechos que requieren de una actividad del Estado a través de políticas públicas (en este supuesto se encuentra, por ejemplo, parte importante de los componentes del o de los derechos relativos a la educación).

Ferrajoli (2002, p. 10) ha denominado *principio de estricta legalidad* al sometimiento del derecho al propio derecho “en virtud de lo cual las leyes no sólo son condicionantes, en tanto reglas de lenguaje, de las decisiones expresadas en el lenguaje jurídico sino que están, a su vez, condicionadas en tanto expresiones del lenguaje jurídico por normas superiores que regulan su forma y significado. La novedad del constitucionalismo jurídico reside en estas normas sustanciales que condicionan la validez sustancial de las leyes: ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales”.

Como señala Laporta (2007, p. 221), “las constituciones actuales suelen tener al menos dos rasgos característicos: son en primer lugar vehículo de normas que acuerdan ciertas limitaciones a la agenda de los poderes legislativos, y son en segundo lugar documentos dotados de un grado mayor o menor de *rigidez*”. Esta evolución, y el debate a que ha dado origen, serán analizados en la siguiente sección en relación con el ISN.

5.1 El interés superior del niño como criterio de prioridad: la objeción democrática

En el debate constitucional contemporáneo se encuentra ineludiblemente presente la cuestión del reconocimiento y de la prioridad de los derechos de los niños. Este proceso de reconocimiento preferente de los derechos de los niños ha pasado a ser regla general en los textos constitucionales aprobados en los últimos 30 años en América Latina.

En los apartados anteriores se ha desarrollado una argumentación jurídico formal del tema, derivada de las necesidades sistemáticas que se desprenden de la formulación del ISN en los tratados internacionales y su influencia en la legislación chilena, las que exigirían un reconocimiento constitucional para que la cláusula de prioridad del ISN tuviera operatividad sistemática

en el ordenamiento jurídico. Pero la pregunta que examinaremos aquí es si esta prioridad se puede justificar argumentativamente más allá de estas cuestiones sistemáticas y si tiene sentido que esa prioridad adquiera una jerarquía constitucional.

Como es sabido, en la teoría constitucional contemporánea, junto a las ideas del llamado neoconstitucionalismo –corriente partidaria de una Constitución que contenga una estructura normativa densa, especialmente en el reconocimiento de derechos y del sometimiento del legislador a la Constitución–, existen teorías críticas de ese proceso de *inflación constitucional* y que sostienen, en cambio, una vuelta al principio de *imperio de ley*, cuestión que se plantea como una reivindicación democrática y política frente a la excesiva rigidez que las normas constitucionales le irrogan al libre ejercicio del debate político y una reafirmación de la soberanía de los Parlamentos como representantes del pueblo.

En general, la doctrina de los derechos humanos de los niños, particularmente en América Latina, se ha inclinado por justificaciones neoconstitucionalistas y en su mayoría los autores son partidarios de un amplio reconocimiento de los derechos de los niños en la Constitución y de la justiciabilidad de esos derechos. Como una cuestión de derechos fundamentales, la inclusión de la cláusula de interés superior no parece ser de muy difícil fundamentación. Si una teoría sobre la Constitución defiende que posea un alto contenido normativo, valora el principio de igualdad, la protección de grupos vulnerables a través de acciones afirmativas, y la amplia justiciabilidad de los derechos fundamentales, sean ellos civiles y políticos, o económicos, sociales y culturales, es bastante fácil justificar la inclusión de los derechos de los niños como una materia de protección prioritaria.

Esto podría explicar por qué Constituciones como la de Brasil, Ecuador o Venezuela no tuvieron problemas en establecer una prioridad constitucional de los derechos de los niños. Sin embargo, debe advertirse que las prioridades constitucionales, aunque sean absolutas, no pueden excluir otras prioridades constitucionales, por lo que igualmente las decisiones del legislador, de la justicia y de la administración también quedarían entregadas a cierto decisionismo de la autoridad judicial y administrativa, que podría

resultar incluso menos justificado desde el punto de vista democrático que la decisión en una legítima sede legislativa.

Si se asume, en cambio, una teoría constitucional que es recelosa de la ampliación de los derechos fundamentales, del control judicial de los derechos fundamentales y de establecer una norma rígida de precedencia o de prioridad en la protección de ciertos colectivos de personas, es necesario desarrollar una argumentación adicional mucho más poderosa y sofisticada, tal vez no para la inclusión expresa de los derechos de los niños en cuanto tales en la Constitución, sino para incluir una garantía de prioridad como la que pretende la cláusula del ISN contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para enfrentar esta cuestión revisaré sucintamente, a continuación, algunos de los argumentos de Waldron que avalan una limitación constitucional que enfatiza su crítica en el control judicial de la Constitución en materia de derechos fundamentales; y de qué modo la situación jurídicamente particular de los niños puede conducirnos a una justificación que pueda dejar sin efecto la llamada *objeción democrática* a los derechos individuales.

Waldron (2005, p. 278), siguiendo a Cobbet, reconoce que el punto de partida de un sistema de derechos es la participación política, esto es, el derecho a participar en la creación de las leyes, al que califica como “el derecho de los derechos”. Esta relevancia del derecho a participar en la elaboración de las leyes no sería para él un criterio de solución de *conflictos de derechos* por una pretendida prioridad moral sobre otros derechos, sino que su rol especial radicaría en que “es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en que **los portadores razonables de derechos** discrepan acerca de qué derechos tienen” [el destacado es nuestro]. Para Waldron, de la deliberación democrática y del autogobierno podemos esperar mejores rendimientos democráticos que de una larga y rígida declaración de derechos custodiada por los jueces de tribunales superiores. Propone, claramente, una primacía de la deliberación del legislativo para resolver los desacuerdos sobre los derechos, sobre el control judicial de unos pocos investidos de un poder de decisión superior.

En este sentido, la afirmación que el derecho a la participación política es el fundamento de una teoría de un sistema de derechos, busca desvirtuar la tendencia a comprender los derechos fundamentales y, su inclusión en la Constitución como una forma de *rigidez o atrincheramiento*, que impediría el permanente debate democrático en materias de desacuerdo que deben ser resueltas por el ejercicio de la participación política y no por normas rígidas supralegales administradas, en última instancia, por decisiones judiciales (Laporta, 2007, p. 238).

La teoría de Waldron, como todas las teorías justificatorias basadas en la deliberación racional de los agentes políticos que participan del diálogo público, encuentra severas dificultades para justificar los derechos de los niños. De la cita transcrita del autor queda de manifiesto que su concepción de *portador razonable de derechos* presenta problemas para incluir a todas las personas como portadores de derechos, ya que los hace depender de haber adquirido o tener vigente una capacidad racional. En este sentido, el trabajo clásico de MacCormick (1988) en cuanto los derechos de los niños son una prueba de fuego o un test para las teorías justificatorias de los derechos de los niños, puede ser aplicado también a este caso.

La tesis de MacCormick, anterior a la aprobación de la CDN, es que los derechos de los niños presentan un problema insoluble para toda posición de justificación fundada en la llamada *teoría de la voluntad*, siendo necesario recurrir a una versión reformulada de la *teoría del interés*, para justificar los derechos de los niños. En palabras del jurista escocés (1988, p. 299):

“Argumentar, por otro lado, que todo niño es un ser cuyas necesidades y capacidades exigen nuestro respeto, de modo que negarle los medios para satisfacerlas (al menos cuando es posible proporcionárselos), sería incorrecto en sí mismo independientemente de ulteriores ventajas o desventajas para terceros, sería argumentar en pro de la opinión según la cual los niños tienen derechos. En términos generales, el reconocimiento de un derecho a una clase de seres parece requerir de los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión (en nuestro caso, los niños) hay algún acto u omisión (en nuestro caso, los actos y omisiones implicados en el cuidado, la educación y el amor) cuya realización, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, está destinada

a satisfacer o proteger alguna necesidad, interés o deseo de cada uno, y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia, que sería incorrecto denegarla a cualquiera de ellos, independientemente de las ulteriores ventajas que se puedan derivar”.

Para concluir de un modo más general:

“(…) reconocer a todos los miembros de una clase C un derecho a un trato T, significa presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para todos los miembros de C, y un bien de tal importancia que sería injusto denegarlo o retirárselo a cualquier miembro de C. Esto por lo que se refiere a los derechos morales. En relación con los derechos legales diré: si un derecho a T es conferido por la ley a todos los miembros de C, la ley está protegiendo de antemano los intereses de todos y cada uno de los miembros de C sobre la base de que T es un bien para todos los miembros de C, y la ley tiene el efecto de declarar ilegal al retirar T de cualquier miembro de C” (MacCormick, 1988, p. 300).

Retomando el punto de discusión planteado por Waldron que critica el establecimiento de derechos fundamentales que finalmente serán arbitrados por una decisión judicial, y prefiriendo mantener un debate abierto de carácter político en el ámbito legislativo, queda de manifiesto que las observaciones de MacCormick cancelan la posibilidad de resolver el problema de la discrepancia sobre los derechos en sede de autogobierno de los niños, ya que el sistema supone un grado de participación voluntaria y racional de la que, al menos los niños más pequeños, no pueden participar en condiciones de igualdad.

En este sentido, la tesis de Waldron, complementada a partir del análisis de MacCormick para el caso específico de los niños, nos lleva a considerar que ambas teorías nos conducen a una sola conclusión posible: la necesidad de reconocer los derechos del niño como un interés prevalente y valioso que no puede ser defendido por ellos mismos. De ello se deriva que, se trate de una Constitución normativa que reconoce una densa doctrina de los derechos fundamentales, o una Constitución reducida a reglas fundamentales de carácter procedimental, dejando amplio margen a la discusión en sede legislativa sobre los derechos, es necesario resguardar los derechos de

los niños de un modo prioritario, para lo cual la cláusula de interés superior, entendida como una consideración de preeminencia no excluyente de sus derechos frente a otros intereses o los derechos de otras personas, adquiere una innegable justificación y funcionalidad operativa en el sistema de derechos.

5.2 El derecho comparado latinoamericano

Como se ha dicho, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, los textos constitucionales latinoamericanos han sido pródigos en reconocerlos y establecer protecciones reforzadas o prioritarias de tales derechos.

Brasil, en su Constitución de 1988, un año antes de la CDN pero conociendo ya los elementos más relevantes del futuro texto internacional, consagró en su 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”.

Esto es, se establece un deber de asegurar con *absoluta prioridad* los derechos de los niños respecto de otros intereses o derechos, con lo cual sitúa la protección reforzada a nivel de las respuestas normativas, institucionales y presupuestarias, es decir, de las garantías de los derechos de los niños.

El artículo 78 de la Constitución de Venezuela sigue una línea similar, al señalar que la protección integral goza de una prioridad absoluta:

“Artículo 78.- 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 un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

La Constitución de Colombia, en cambio, plantea la cuestión como una prioridad de los derechos en el marco de un ejercicio de ponderación con otros derechos:

“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 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**”. [El destacado es nuestro].

La Constitución de Ecuador reúne ambos criterios al establecer un principio general que contempla a la infancia como un grupo de atención *prioritaria* por los servicios públicos y privados, junto a otros colectivos vulnerables:

“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, especifica en relación a los niños, la promoción prioritaria de su desarrollo, el aseguramiento de sus derechos y que sus derechos prevalecerán por sobre los de las demás personas:

“Artículo 44.- 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.

La Constitución de Bolivia establece en su artículo 60:

“Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”.

Como se puede apreciar de los textos transcritos, la recepción de los derechos de los niños en sede constitucional va de la mano con una consideración de prioridad, prevalencia y reforzamiento de las garantías y obligaciones, en síntesis, de un reconocimiento que las ideas de igualdad de todos los sujetos de la especie humana llevan aparejadas una protección diferenciada, más intensa y prioritaria a favor de los niños, que se deriva en obligaciones más intensas para las autoridades.

Estas dos ideas guardan una estrecha relación –que en algunos textos constitucionales es referida expresamente– con el principio del ISN contenido en el artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

“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”.

Estos argumentos de derecho comparado, unidos a los ya desarrollados, permiten concluir que la noción por la cual todos los niños, niñas y adolescentes

tienen iguales derechos y que esos derechos deben ser protegidos de una manera reforzada y preferente, recomienda la inclusión en sede constitucional del principio del ISN, en relación a los demás principios que estructuran el derecho internacional de los derechos humanos de los niños: igualdad, autonomía progresiva y protección efectiva del desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, primera reimpre-
sión. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arendt, H. (1998). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2004). *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enuncia-
dos Jurídicos*, 2ª ed. actualizada, Barcelona: Ariel.
- Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Cillero Bruñol, M. (1998). “El Interés Superior del Niño en el Marco de
la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, publicado
en García Méndez, E. y Beloff, M., *Infancia, Ley y Democracia*. Bogotá:
Editoriales Temis y Depalma.
- Cillero Bruñol, M. (2003). “Garantías, dogmática jurídica y minoría de
edad penal: la actualidad del pensamiento penal ilustrado”, *Justicia y
Derechos del Niño*, N° 5, Santiago: UNICEF.
- Cillero Bruñol, M. (2016). “La Convención Internacional sobre los Dere-
chos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido nor-
mativo”, en Martínez García (Coord.), *Tratado del Menor. Protección
Jurídica de la Infancia y Adolescencia*. Pamplona: Aranzadi.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Espejo, N. (2016). “El Derecho a la Vida Familiar, los Derechos del Niño y
la Responsabilidad Parental” en Lepín Molina, C. y Gómez de la Torre
MC., *Estudios de Derecho de Familia I*, Jornadas de Derecho de Familia.
Santiago: Ed. La Ley Thomson Reuters.
- Ferrajoli, L. (2001). “Derechos Fundamentales” en el mismo editor: *Los
Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002). “Positivismo Crítico, Derecho y Democracia”, *Isono-
mía* N° 16, pp. 6-20.
- Garrido Álvarez, R. (2013). “El Interés Superior del Niño y el Razona-
miento Jurídico”. Problema N° 7, *Anuario de Filosofía y Teoría del Dere-
cho*. México: Universidad Autónoma de México.

- Grant, J. (1993). *Los derechos de los Niños: la base de los Derechos Humanos*. Nueva York: UNICEF.
- Himes, J. (1995). *Implementing the Convention on the Rights of the Child*. UNICEF - Martinus Nijhoff Publishers.
- Laporta, F.J. (2007). *El Imperio de la Ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- MacCormick, N. (1988). “Los derechos de los niños una prueba de fuego para las teorías del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 5.
- Nussbaum, M. y Dixon, R. (2012). “Children’s Rights and a Capabilities Approach: The Question of Special Priority”, *Public Law & Legal Theory Working Papers* No. 384.
- Peces-Barba, G. (1994). “La Universalidad de los Derechos Fundamentales”, *Revista Doxa* 15-16, pp. 613-633.
- Peces-Barba, G. (1988). “Los Valores Superiores” contenido en *Jornadas sobre Estudios del Título Preliminar de la Constitución*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Peña, C. (1996). “La Tutela Judicial Efectiva de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Interno”, en Medina, C, y Mera J. (Editores) *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Pisarello, G. (2007) *Los Derechos Sociales y sus Garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Rodotà, S. (2014). *El Derecho a Tener Derechos*. Madrid: Trotta.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*, 2ª ed. Madrid: Alianza.
- Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Berlín: Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.
- Starck, Ch. (2002). “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002.
- Valpuesta, R. (2012). *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia jurídica europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Velloso Jiménez, L. (1982). “La Regulación de la Familia en la Constitución de 1978 y su Protección Internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho N° 1*. Universidad de Extremadura.
- Waldron, J. (2005). “Law and Disagreement”, *OUP*, 199, traducción al español como “Derecho y Desacuerdos”. Madrid: Ed. Marcial Pons.

Fabiola Lathrop

**Derecho a la vida familiar,
responsabilidad parental y
derechos del niño, niña o adolescente**

Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña o adolescente

1. INTRODUCCIÓN

La actual Constitución Política de la República chilena (CPR) no reconoce expresamente derechos a los niños, niñas y adolescentes (NNA). En específico, no realiza consagración de su derecho a la vida familiar ni de los derechos y deberes parentales.

Este vacío debe ser llenado por una nueva Constitución de la República chilena. A la luz del Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet 2014-2018,¹ la Carta Fundamental debe reconocer los derechos de NNA de acuerdo con lo establecido por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN). Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificado por nuestro país en 1990.² Por lo tanto, el nuevo proceso constitucional chileno debe asumir el desafío de generar un estatuto respetuoso de los postulados de dicho tratado internacional, a diferencia del actual texto constitucional, que es anterior a la entrada en vigencia de la CDN.³

* Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile; Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca; y Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Chile. Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular “Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la Infancia y vida personal”, N°1140033, financiado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile (CONICYT).

¹ Programa de Gobierno 2014-2018, p. 31 [Página web], consultado: 26 de marzo de 2016, <http://michellebachelet.cl/programa/>

² Fue promulgada el 14 de agosto de 1990 mediante decreto número 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el Diario Oficial de Chile el 27 de noviembre de 1990.

³ La actual CPR fue dictada mediante decreto supremo número 1.150, del Ministerio del Interior, publicado el 24 de octubre de 1980.

A este respecto, cabe señalar que actualmente se tramita en nuestro parlamento un proyecto de ley que confiere a nuestros NNA un sistema de garantías de sus derechos.⁴ Esta iniciativa concibe el establecimiento de una nueva institucionalidad, razón por la cual dicho proyecto ha de ser acompañado de otras discusiones legislativas que crean una Subsecretaría de la Niñez⁵ y una Defensoría de la Niñez.⁶ Resulta claro que ambos debates, constitucional y legislativo, deben alimentarse mutuamente, teniendo como guía esencial e imprescindible a la CDN.

El impacto de la CDN en nuestra legislación es ostensible. A partir de su entrada en vigencia, ha sido progresivamente incorporada en el ordenamiento jurídico interno mediante el artículo 5 inciso segundo de la CPR,⁷ por medio de diversas normas internas dictadas desde 1990 a la fecha, entre otras materias, en relación a la filiación, justicia de familia y responsabilidad penal adolescente.

El objeto de este capítulo es contribuir a dar sentido y alcance a dos aspectos fundamentales para la protección integral de los derechos de la niñez, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, al alero de la CDN. En estas páginas desarrollaré el sentido y alcance del derecho a la vida familiar del NNA, así como de los derechos y deberes que padres y/o madres ejercen respecto de sus hijos/as, con miras a su consagración en un nuevo texto constitucional.

Algunas de las preguntas que guían este trabajo son las siguientes: ¿qué posición asume el Estado frente a las relaciones familiares?, ¿en qué medida es garante del respeto a la vida familiar de adultos y NNA?, ¿qué función le

⁴ Proyecto de ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez, Boletín número 10315-18, ingresado el 24 de septiembre de 2015.

⁵ Proyecto de ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la Ley 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica, Boletín número 10314-06, ingresado el 29 de septiembre de 2015.

⁶ Proyecto de ley que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, Boletín número 10584-07, ingresado el 22 de marzo de 2016.

⁷ Esta disposición señala que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a 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”.

cabe en el desarrollo de los derechos y deberes de padres y/o madres? ¿Cómo debe ejercerse la responsabilidad familiar?, ¿cómo incide en tal ejercicio la autonomía progresiva del NNA? ¿Qué principios y reglas debería observar el texto constitucional al reconocer el derecho a la vida familiar y la responsabilidad parental?

La dogmática y la jurisprudencia nacionales no han abordado estas interrogantes; más bien se han centrado en la interpretación de normas de derecho sustantivo referidas a las relaciones de familia, sin detenerse en los derechos del NNA.⁸ Asimismo, las garantías constitucionales conferidas a las *personas* conforme al texto del artículo 19 de la CPR, han subsumido a los NNA sin especial referencia ni atención a sus particulares condiciones. Al respecto, Lovera⁹, analizando las acciones de protección, pudo verificar que los padres y/o madres ejercen estas acciones actuando exclusivamente en nombre de sus hijos/as, sin que estos participen directamente en ellas; así como reclamando la violación de derechos constitucionales de tales hijos/as, pero configurados como derechos propios de ellos como padres y/o madres. Esto ha sucedido en ámbitos tales como la educación, en que los padres y/o madres reclaman el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos/as.

De esta forma, los derechos del NNA han sido desarrollados insuficientemente por la doctrina especializada y por las decisiones judiciales. Chile no cuenta con una debida acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional. En materia de familia y de infancia, las ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado

⁸ La tendencia en Latinoamérica es a analizar la responsabilidad parental en situaciones de ruptura matrimonial o de pareja. Cfr. Herrera, M. y Lathrop, F. (2016). 'Parental Responsibility: a comparative study of Latin American legislation', *International Journal of Law, Policy and the Family*, 3 (por publicar).

⁹ El autor manifiesta que el Tribunal Constitucional se ha referido en escasas ocasiones a los derechos del NNA. Así ha sucedido con la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y respecto de normas nacionales sobre fertilidad. En cuanto a los recursos de protección, los aspectos en que los tribunales superiores han discutido tangencialmente derechos de los NNA son la libertad de expresión; el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y sanciones disciplinarias; y la libertad de culto en el caso de los testigos de Jehová. Cfr. Lovera, D. (2009). 'Niño, Adolescente y derechos Constitucionales: de la protección a la autonomía', *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, pp. 11-54.

sobre el fondo de los asuntos sometidos a su decisión en virtud de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, constituyen la excepción. En todo caso, cabe señalar que este Tribunal ha emitido recientemente una interesante sentencia sobre guardas de menores de edad. En este fallo se realiza, a la luz de ciertos principios, una interpretación progresiva y crítica de las normas reguladoras de dicha institución, aludiendo a la desactualización de las normas civiles decimonónicas que la abordan, poniendo de manifiesto la falta de organicidad de este estatuto y la antigüedad de su contenido.¹⁰

Considerando lo anterior, la metodología que utiliza este trabajo al intentar llenar este vacío dogmático es echar mano de los instrumentos internacionales y de la interpretación autorizada que de ellos efectúan los órganos internacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. En la medida que sea pertinente, se recurre también a la doctrina.

Antes de entrar de lleno en el análisis de estas materias, aclaro que para el desarrollo de este capítulo he de entender por derecho a la vida familiar el derecho de toda persona, mayor o menor de edad, a desarrollar y preservar relaciones con su familia;¹¹ para el caso del NNA, este derecho reviste una dimensión particular en cuanto implica crecer en una familia que no es necesariamente de carácter biológico (tradicionalmente entendida como de “origen”), y a no ser separado de ella.¹²

¹⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 2867-15, de 12 de abril de 2016. La jueza requirente se encontraba conociendo de una solicitud de curaduría efectuada por el hermano de dos niñas menores de edad, con fundamento en que desde que el padre y la madre de las niñas fallecieron ellas se encontraban residiendo con él y bajo su cuidado. La jueza afirma que los mencionados artículos obligan imperativamente a otorgar la curaduría al abuelo materno de las menores de edad, que se encontraba vivo pero que no mantenía contacto ni relación con las niñas, a diferencia del solicitante, que sí tenía vínculo afectivo con ellas. El Tribunal declara inaplicables las normas del Código Civil sobre la prelación de los parientes en materia de guarda legítima, haciendo primar criterios materiales fundados en el interés superior de las niñas.

¹¹ La vigencia y contenido del derecho a la vida familiar, en especial del NNA, se desprende de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del artículo 15 del Protocolo de San Salvador; de los artículos 5, 18, 19, 20 y 27 de la CDN; y del artículo 11 letra b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

¹² Conforme señala Rizik, comentando la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina* (2012), a la luz de este fallo, debe preferirse a la familia biológica siempre que sea posible y, en todo caso, se debe asegurar el conocimiento de los

Asimismo, he de entender por responsabilidad parental el conjunto de derechos y deberes de los padres y/o madres en cuanto a la persona y los bienes de sus hijos/as menores de edad.¹³

Finalmente, por derechos de los NNA hemos de entender aquellos consagrados en la CDN, teniendo en cuenta el interés superior del NNA como principio fundamental en la consecución de su goce pleno y efectivo.

2. LAS RELACIONES FAMILIARES Y PARENTALES EN LAS CONSTITUCIONES

Como he señalado, la CPR no se refiere explícitamente al derecho a la vida familiar ni a los deberes y derechos parentales;¹⁴ se limita a declarar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento (artículo 1 incisos segundo y cuarto); para más adelante establecer que se asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la

.....
orígenes; sin embargo, esta es una pauta interpretativa, y no un mandato general; está formulado con carácter relativo (primordial) y no absoluto, por lo que si el interés superior de NNA lo exige, la familia biológica puede ceder a otros tipos de familia si resulta más favorable para el desarrollo y bienestar de NNA, aunque respetando su identidad biológica. Cfr. Rizik, L. (2014). 'Los derechos del niño y la protección a la familia. El caso Fornerón e Hija vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos', *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado*, 6, diciembre, 46.

¹³ Así se encuentra definida en el contexto regional, en el artículo 638 del Código Civil y Comercial argentino de 2014, y en el artículo 252 del Código Civil de Uruguay de 1994, entre otros cuerpos legales. En Reino Unido, la section 3(1) de la Children Act de 1989 señala que la responsabilidad parental comprende los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y la autoridad que, por ley, los padres y/o madres de un niño/a tienen en relación al niño/a y sus bienes. De forma más detallada, pero distinguiendo las cuestiones personales y patrimoniales, los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (2007) señalan que: "La responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal". (Principio 3:1 Concepto de responsabilidad parental). Estos principios están disponibles en <http://ceffonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>, consultada el 26 de marzo de 2016.

¹⁴ Tampoco lo hace la ley. Por su parte, la jurisprudencia se refiere a la protección de derechos en casos en que la separación del NNA de su familia resulta desproporcionada. Cfr. Lathrop, F. (2014). 'La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno', *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, julio, pp. 197-229.

persona y su familia (artículo 19 número 4), así como la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 número 5).¹⁵

Existe en nuestra CPR tan solo una norma que deja entrever la relación entre el Estado, los padres y/o madres, y los hijos/as. Se trata del artículo 19 número 10, que establece que la CPR asegura a todas las personas el derecho a la educación, agregando, en el inciso tercero de este numeral, que: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”.¹⁶

En este aspecto, Chile difiere de algunos textos constitucionales latinoamericanos y europeos que establecen explícitamente derechos a favor de los NNA.¹⁷ En particular, desde la década de los noventa, algunos países vecinos impulsaron reformas constitucionales que establecieron disposiciones relacionadas con la vida familiar y los derechos del NNA.

Así, los textos de las Constituciones argentina y colombiana reconocen actualmente el principio de la protección integral de la familia.¹⁸ A su vez,

¹⁵ En sentido similar, consagra esta inviolabilidad el artículo 15 de la Constitución colombiana de 1991: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...)”; agregando su artículo 42 inciso segundo parte final que: “La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

¹⁶ En este mismo sentido se manifiestan las Constituciones peruana y ecuatoriana. El artículo 13 de la Constitución peruana de 1993 establece que: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.” El artículo 29 inciso segundo de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que: “Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas”.

¹⁷ Para un desarrollo histórico y proyectado de la recepción de las familias en las Constituciones europeas, puede consultarse a Valpuesta, R. (2012). *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 161 y ss. En cuanto a la experiencia estadounidense a la luz de la jurisprudencia constitucional, véase Burt, R. (2000), ‘Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores’, in Beloff M (compiladora), *Derecho, infancia y familia*. Gedisa, Barcelona, pp. 13-36.

¹⁸ El artículo 14 bis de la Constitución argentina, cuya última reforma es de 1994, señala que la ley establecerá la protección integral de la familia. El artículo 42 inciso segundo de la Constitución colombiana de 1991 establece que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, agregando que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

algunas Constituciones, como la brasileña y la colombiana, destacan por establecer algunos derechos específicos a favor de los NNA, en especial, el que los protege contra formas de abuso y de violencia.¹⁹ Finalmente, una de las Constituciones más exhaustivas en la consagración de los derechos del NNA en el contexto latinoamericano es la ecuatoriana.²⁰

.....
¹⁹ El artículo 227 de la Constitución brasileña de 1988 señala en su párrafo primero que: “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”, agregando en su numeral 4, que: “La ley castigará severamente el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente”.

El artículo 44 de la Constitución colombiana de 1991 señala que: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

A su vez, su artículo 45 agrega que: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

²⁰ El artículo 46 establece que: “El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.
3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas

Por su parte, y en lo que se refiere al objeto de este capítulo, algunas Constituciones hacen referencias generales a los derechos y deberes de los padres y/o madres. En Alemania, la Constitución de 1949 establece que el cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos, y que la comunidad estatal velará por su cumplimiento.²¹ La Constitución española de 1978 señala que: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”.²² La Constitución uruguaya de 1997 establece la existencia de un deber y un derecho de los padres para cuidar y educar a sus hijos hasta que alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social.²³ Asimismo, la Constitución peruana de 1993 señala que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.²⁴ La Constitución de Paraguay de 1992 afirma que: “Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad (...)”.²⁵ Por último, Brasil establece en su Constitución de

de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.

9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas”.

²¹ Artículo 6.2.

²² El artículo 39 señala que:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

²³ Su artículo 41 establece: “El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso”.

²⁴ El artículo 6 inciso segundo indica que: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

²⁵ Artículo 53.1.

1988 que: “Los padres tienen el deber de asistir, criar y educar a sus hijos mayores (...)”.²⁶

La Constitución alemana tiende a consagrar dos aspectos de la función parental (cuidado y educación) como derechos y deberes, los cuales, además, están radicados prioritariamente en los padres y/o madres, estando la comunidad toda obligada a su cumplimiento. Este texto constitucional podría dar cuenta del complejo de relaciones y sujetos que intervienen cuando hablamos de vida familiar, responsabilidad parental y derechos del NNA. Sin embargo, puede afirmarse que ninguno de los textos revisados se apega a los términos en que la CDN consagra el ejercicio de la responsabilidad parental, esto es, desde la perspectiva de los derechos del NNA y con los parámetros que la propia CDN indica.

3. EL CARÁCTER DEMOCRÁTICO DE LAS RELACIONES FAMILIARES A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el apartado anterior señalamos que la CPR chilena contiene solo una disposición que reconoce a los padres y/o madres el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos/as, señalando que corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Esta es una norma paradigmática del enfoque liberal en materia de responsabilidad parental.²⁷ Esto, en tanto el Estado debe abstenerse de interferir en el desarrollo de los derechos de los padres y/o madres frente a sus hijos/as, en este caso, en el ámbito educacional. Es pertinente detenerse en si este es el enfoque que debe recoger un nuevo texto constitucional; y, si lo es, en qué términos debe reiterarse.

Como es sabido, la CDN cambió la lógica de las relaciones entre padres y/o

²⁶ Artículo 229.

²⁷ Para un análisis más pormenorizado de los derechos del NNA frente al poder del Estado, puede consultarse Dwyer, J. (2006). *The Relationship Rights of Children*. Cambridge University Press, pp. 17-22.

madres, los hijos/as y el Estado. Antes de la entrada en vigencia de la CDN, el derecho internacional, basado en la lógica del bienestar del NNA, inclinaba sus postulados hacia las familias en general, más que en los derechos del propio NNA.²⁸ Si se analizan los instrumentos internacionales anteriores a la CDN, se verifica la ausencia de este enfoque instaurado a partir de ella;²⁹ salvo el Protocolo de San Salvador, de 1988, en cuanto reconoce que:

.....
²⁸ Cfr. Kamchedzera, G. (2012). 'Article 5 The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance', in Alen A et al. (editors), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 6.

²⁹ El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, referido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión señala en su párrafo 4 que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

En el artículo 23 de este Pacto se advierte también la ausencia de referencias a los NNA, pese a que se menciona expresamente a la familia; esta disposición establece que:

"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966 establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, establece en su artículo 17, referido a la protección a la familia, que:

"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (...)”.³⁰

Por su parte, el reconocimiento del NNA como sujeto de derecho ha traído aparejado el surgimiento de tensiones jurídicas en su ambiente familiar y social. Los NNA viven en un mundo altamente globalizado, permaneciendo bajo la influencia de los medios de comunicación e información, de las redes sociales y de las nuevas tecnologías. La familia no es un reducto donde el NNA pueda desarrollarse ajeno a las complejidades del mundo exterior; por el contrario, su entorno familiar y social se encuentra en permanente comunicación. De esta forma, entonces, a la luz de la CDN no es suficiente que la comunidad internacional conciba normas de protección a la familia como unidad contenedora del NNA, invisibilizando, de paso, los derechos del NNA; es necesario que los Estados establezcan garantías explícitas a favor de estos derechos, sea cual sea el contexto en que se ejercen: familiar, social, comunitario, escolar, sanitario, etc.

La CDN ha dotado a los NNA de garantías para ejercer autónomamente y de forma progresiva sus derechos, de manera que los derechos de los adultos, en especial de sus padres y/o madres, pueden resultar limitados.

.....
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Su artículo 12, referido a la libertad de conciencia y de religión establece en su párrafo cuarto, que: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

³⁰ El texto completo de esta norma añade “(...), salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

Al respecto, es útil tener en cuenta que existen distintos tipos de relaciones en el ámbito familiar. Así, Espejo³¹ distingue dos ámbitos: a) las relaciones entre adultos responsables y los NNA que se encuentran a su cuidado, y entre adultos responsables y el Estado; b) las relaciones entre los NNA y los adultos responsables de su cuidado, y entre los NNA y el Estado. Según el autor, en este entramado de relaciones surgen los conceptos de derechos y deberes: los padres y/o madres tienen *deberes* con respecto a sus hijos/as y, correlativamente, los NNA tendrían *derecho* a hacer exigible estos deberes frente a sus padres y/o madres; los padres y/o madres, a su vez, tendrían el *derecho* a ejercer preferentemente sus deberes parentales, privilegio que harían valer frente al Estado.

Una perspectiva democrática del desarrollo de las relaciones familiares implica abandonar la falsa dicotomía entre los derechos del NNA y los derechos de la familia, para más bien respetar los derechos de cada uno de sus integrantes.

En cuanto a las relaciones entre los padres y/o madres y sus hijos/as, cabe señalar que la CDN no se opone a la familia ni pretende enfrentar al NNA con sus padres y/o madres. De hecho, su Preámbulo concibe a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en especial, de los NNA. El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado con firmeza que la defensa de los derechos del NNA dentro de la familia no implica ir en contra de los derechos de “otras personas”, en especial de los derechos de los padres y/o madres, sino, por el contrario, reforzar los derechos de toda la familia.³² En este sentido, se ha señalado que “(...) es importante, al esforzarse por

³¹ Cfr. Espejo, N. (2016). ‘El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental’, en *Estudios de Derecho Familiar I* (Varios Autores), Thomson Reuters, Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 197-209.

³² En un interesante artículo acerca de la interrelación entre los derechos de NNA y sus padres y/o madres, Bainham se pregunta si queda algo de los “derechos parentales”. Al respecto, el autor postula que los padres y/o madres tienen intereses paralelamente a los de sus hijos/as; que estos intereses van de la mano con la satisfacción de cómo ellos mismos entienden que deben cumplir su responsabilidad parental; para finalmente señalar que el interés del hijo/a no siempre prima. Cfr. Bainham, A. (2009). ‘Is Anything Now Left of Parental Rights?’, in Probert R, Gilmore S, Herring J (editores), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford and Portland, Oregon, pp. 23-42.

aplicar las disposiciones de la Convención, promover el espíritu real de ese instrumento, que no consiste en dar poder al niño, sino en mostrar que al defender los derechos del niño se refuerzan los derechos de toda la familia, y que, por lo que respecta a los padres, el énfasis no debe recaer en la autoridad sino en la responsabilidad”.³³

El Manual de UNICEF para la preparación de informes sobre los derechos humanos declara al respecto: “Con la aprobación de la Convención, los derechos del niño pasaron a tener autonomía, aunque no con el propósito de afirmar esos derechos en oposición a los derechos de los adultos, o como una alternativa a los derechos de los padres, sino con objeto de hacer valer una nueva dimensión: la consideración de la perspectiva del niño en el marco del valor esencial de la familia. Así pues, se reconoce la dignidad y la individualidad fundamentales del niño, que tiene derecho a ser diferente y a discrepar en su valoración de la realidad”.³⁴

A su vez, en cuanto a las relaciones con el Estado, el derecho a la vida familiar y el adecuado ejercicio de la responsabilidad primaria de los padres y/o madres frente a sus hijos/as, sitúan al Estado en una posición de garante. La CDN hace referencia a la responsabilidad fundamental de los padres y/o madres, estableciendo límites a la intervención del Estado y a la separación del NNA de su familia.

En suma, estos ámbitos de las relaciones familiares descritos pueden ser acotados e interrelacionados a la luz de la CDN. En especial, en lo que sigue, me detendré en el análisis de los artículos 5 y 18 de la CDN.

³³ Cfr. UNICEF, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2004, p.104.

³⁴ *Ibid.*

4. LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: DIRECCIÓN Y GUÍA CONFORME A LA EVOLUCIÓN DE LAS FACULTADES DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

El artículo 5 de la CDN expresa claramente que la dirección y orientación de los padres y/o madres tienen límites: deben ser “apropiadas”, y en consonancia con la “evolución de las facultades del niño” y con los demás derechos recogidos en la CDN. Esta norma señala textualmente que: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Se advierte en este texto que los Estados deben respetar el ejercicio de los derechos y deberes que los padres y/o madres ejercen respecto de sus hijos/as.³⁵ El artículo menciona que ellos deben impartir dirección y guía para

³⁵ Nótese que el propio artículo 5 de la CDN confiere el ejercicio de estas funciones parentales no solo a los padres sino que también a personas que no guardan relación de parentalidad o parentesco con el NNA. La CDN no restringe a los padres y/o madres biológicos o genéticos la titularidad en el ejercicio de las funciones parentales. Este artículo señala que estos derechos, deberes y responsabilidades pueden, en su caso, ser ejercidos por “otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente”. No es del caso analizar en este capítulo la extensión del concepto de familia que utiliza la CDN en este y otros de sus artículos. Me limito a señalar que esta es una de las normas en que este instrumento consagra y reconoce una noción amplia de familia, llegando a extenderla a la comunidad; aludiendo, además, al componente cultural que puede determinar dicha extensión. En este sentido, cuando en este capítulo se hable de padres y/o madres en referencia a los sostenedores de las funciones parentales, debe entenderse que se hace extensivamente a esos otros miembros de la familia o de la comunidad. Por su parte, al referirse específicamente a los padres y/o madres como titulares de esta responsabilidad parental, el artículo 5 de la CDN consagra lo que en el derecho chileno, a partir de la reforma introducida por la Ley 20.680 de 2013 al Código Civil y otras normas chilenas, se denomina “corresponsabilidad parental”. En virtud de este principio, el padre y la madre, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos/as (artículo 224 del Código Civil); ello, en consonancia con el párrafo primero del artículo 18 de la CDN, que establece que: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres** tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (énfasis añadido).

que el NNA ejerza los derechos que la CDN le reconoce. Esta dirección y guía no queda al arbitrio de los padres y/o madres; más bien, deben desarrollarse en consonancia con la evolución de las facultades del NNA. Como se ha señalado, no se ha otorgado “carta blanca” a los padres y/o madres: ni los adultos responsables ni el Estado pueden limitar, siquiera invocando un “principio de bienestar”, el contenido de los derechos específicos de la CDN.³⁶ En esta norma –una de las primeras del texto de la CDN– se advierte, por primera vez, la interrelación entre el despliegue de los derechos y deberes parentales, por una parte, y el ejercicio autónomo y progresivo de los derechos de los NNA, por otra. A su vez, como hemos dicho, el artículo alude al componente estatal en el contexto familiar, relegando al Estado a una función más bien secundaria.

Como he señalado, al referirse al ejercicio de las responsabilidades parentales, el artículo 5 de la CDN señala la “dirección” y “guía”. Como indica Kamchedzera,³⁷ desde un punto de vista semántico, estas palabras se encuentran relacionadas; sin embargo, “dirección” supone la existencia de un propósito y “guía” implica supervisión, asistencia e instrucciones en el proceso de proseguir hacia esa dirección. Consideradas conjuntamente, tal como lo efectúa el artículo 5 de la CDN, la dirección y la guía significan que la vida del hijo/a debe ser *encaminada* (por los padres y/o madres o quienes ejercen funciones de cuidado respecto del NNA).

¿Cómo deben ejercerse esta guía y dirección? El artículo 5 de la CDN establece que la dirección y guía deben realizarse de modo conforme con la “evolución de sus facultades”. A este respecto, dos artículos de la CDN orientan el modo en que se desenvuelven estas funciones. Se trata del artículo 14, referido al derecho del NNA a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y del artículo 12, sobre el derecho del NNA a ser oído.

³⁶ Cfr. Eekelaar, J. (1992). ‘The importance of thinking that children have rights’, *International Journal of Law and the Family*, 6, 233.

³⁷ Cfr. Kamchedzera, G. (2012). ‘Article 5 The Child’s Right to Appropriate Direction and Guidance’, in Alen A et al. (editors), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, p. 22.

El párrafo segundo del artículo 14 establece que: “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la **evolución de sus facultades**”. El párrafo primero del artículo 12 señala que: “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**”.³⁸

De esta forma, un nuevo texto constitucional debiera alejarse de la mirada puramente “bienestarista” —centrada en las necesidad de protección y dependencia del NNA frente al Estado, su familia y la sociedad—, para enfatizar la participación del NNA y el ejercicio autónomo de sus propios derechos. En este sentido, tanto la edad como la madurez del NNA son indicadores de las capacidades evolutivas del NNA, por lo tanto, ellas deben tenerse en consideración al dirigir y guiar a los hijos/as.

En palabras de Kamchedzera,³⁹ el Comité de los Derechos del Niño ha relevado que la entrega, protección, facilitación y el respeto de la dirección y guía parentales deben efectuarse observando los principios generales de los derechos humanos. Esta premisa emanaría de dos instrumentos. En primer lugar, de las “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño”. En segundo lugar, de la Observación General número 7 (2005) referida a la “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”. Estos dos instrumentos identificarían cuatro principios generales de derechos humanos que, ajustados a los postulados de la CDN, deberían observarse en el desarrollo de las responsabilidades parentales.

³⁸ Énfasis añadidos.

³⁹ Cfr. Kamchedzera, G. (2012). ‘Article 5 The Child’s Right to Appropriate Direction and Guidance’, in Alen A et al. (editors), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 35-36.

1. En primer término, el *derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*, con referencia especial a las metas establecidas por la comunidad internacional respecto de los NNA.
2. En segundo lugar, el *derecho a la no discriminación*, en cuanto no cabe duda que es un derecho aplicable a todos los artículos de la CDN, y que protege el principio de igualdad tanto de los propios NNA como de sus padres y/o madres, representantes y cuidadores. Esto es importante, pues autorizaría al Estado, por razones de equidad, a adoptar acciones prioritarias a favor de aquellos titulares de responsabilidad parental que presenten capacidades disminuidas para proveer la dirección y guía apropiadas.
3. En tercer lugar, el *interés superior del NNA*, en cuanto es la consideración primordial de todas las decisiones y acciones que podrían tener efecto sobre los NNA.
4. Por último, el *respeto a las opiniones y sentimientos de los NNA* conforme a la evolución de sus facultades; este aspecto realizaría el derecho del NNA a la participación a la luz del artículo 12 de la CDN.

La autonomía parental queda limitada, entonces, por estos cuatro principios. Es más, el artículo 5 de la CDN constituye un cambio de paradigma en relación a la autonomía parental, toda vez que la dirección y guía parentales apropiadas deben reconocer que *todos* los derechos de los NNA son sinérgicos, y que entre el padre y/o madre y el hijo/a existe una relación de interdependencia.

5. ESTADO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL: EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A RECIBIR DIRECCIÓN Y GUÍA PARENTALES ADECUADAS

El Estado es el principal destinatario de las normas de la CDN, es decir, es el primer actor llamado al cumplimiento de sus disposiciones. Ahora bien, conforme a los postulados de la Convención, el Estado debe respetar la función de los padres y/o madres y de otros titulares del cuidado de los NNA, pues ellos son los sostenedores principales de los deberes que

la CDN establece que deben observarse respecto de los hijos/as. En este último aspecto, los principales obligados por la CDN son los padres y/o madres u otros adultos significativos en el cuidado del NNA. La existencia de estos deberes permite el ejercicio de las funciones parentales para el desarrollo de los hijos/as.

Esta dimensión se refleja en el artículo 18 párrafo primero de la CDN, que releva la función parental al establecer que “(...) Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Este artículo 18 de la CDN está relacionado con el artículo 27 de la misma Convención, referido al derecho de todo NNA a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. El párrafo segundo de esta norma señala que: “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

Ahora bien, nuevamente, como principal obligado frente a la CDN, el Estado debe asegurar que exista claridad sobre la naturaleza y el objetivo de esos derechos, deberes y responsabilidades parentales. El Estado debería no interferir en el ejercicio de tales derechos y el cumplimiento de tales deberes, salvo si se trata de garantizar el interés superior del NNA y la observancia de otros principios relacionados con los derechos de los NNA.⁴⁰

Por su parte, desde la perspectiva del NNA, el deber del Estado es respetar el derecho de los NNA a recibir dirección y guía apropiadas en consonancia con la evolución de sus facultades. Pero ¿debe el Estado intervenir en algún momento durante el desarrollo de estas funciones parentales?

⁴⁰ Cfr. Kamchedzera, G. (2012). ‘Article 5 The Child’s Right to Appropriate Direction and Guidance’, in Alen A et al. (editors), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 26-27.

En este punto deben resaltarse dos cuestiones. La primera es que el desenvolvimiento de los derechos y deberes parentales presupone la existencia de ciertas capacidades en sus titulares; éstos son responsables del modo en que ejercen sus funciones y pueden llegar a asumir ciertas consecuencias de sus actuaciones u omisiones.⁴¹ Lo segundo es que el Estado, en cumplimiento de este deber de proteger este derecho de los NNA a recibir tal guía y dirección, debe adoptar medidas preventivas y adecuadas a favor del NNA cuando dicho derecho esté en riesgo.

En situaciones de abuso y negligencia, la CDN autoriza claramente al Estado a intervenir para proteger el disfrute de los derechos del NNA y su bienestar, como se establece en los artículos 19, 34 y 36, entre otros.⁴² La falta de cuidado habilitaría la intervención subsidiaria; el grado de desatención o desprotección de los derechos del NNA determinará el tipo de intervención pública (subsidiariedad progresiva).⁴³

⁴¹ Recientemente, Eekelaar ha acuñado la idea de que la responsabilidad parental puede llegar a ser un privilegio en lugar de un deber. Los padres y/o madres tendrían el privilegio de ejercer una autoridad moral sobre los hijos/as y la posibilidad de guiarlos y dirigirlos. Los privilegios se otorgan esperando que sean ejercidos de manera adecuada, de forma que podrían ser retirados si ello no ocurriese. Cfr. Eekelaar, J. (2016). 'Parental Responsibility as a Privilege', in Espejo N y Lathrop F (editores), *Grandes Debates sobre Responsabilidad Parental*, Legal Publishing (por publicar).

⁴² Artículo 19: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para 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. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

Artículo 34: "Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

Artículo 36: "Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar".

⁴³ El concepto de "subsidiariedad progresiva" está tomado de De Palma, A. (2004). 'El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores', *Cuadernos de Derecho Local (QLD)*, pp. 104-105.

En todo caso, una intromisión ilegítima, aduciendo algunas de estas situaciones de negligencia o ausencia del debido cuidado, podría redundar en una violación del derecho a la vida familiar. No es propósito de este capítulo ahondar los contornos de este derecho frente al Estado.⁴⁴ Interesa relevar, en cambio, que la relación de un padre/madre con el hijo/a es parte de su vida privada y familiar. De la misma forma, los vínculos de un NNA con sus padres y/o madres, con su cuidador, y con su entorno familiar es parte de su vida privada y familiar; es más, ello constituye un elemento del componente psicológico de sus intereses y desarrollo.⁴⁵ En todos los asuntos que acaban con una injerencia estatal en la vida familiar, la base sobre la cual se mide la necesidad de esa interferencia en una sociedad democrática es el interés superior del NNA.⁴⁶

⁴⁴ Para una descripción acerca de cómo el Estado chileno viola este derecho, ver Espejo, N. y Lathrop, F. (2015), *Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes*, UNICEF-Chile.

⁴⁵ Cfr. Eckelaar, J. (2006). *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, pp. 160-161. El autor agrega que, si en una determinada situación el derecho a la vida privada y familiar de un adulto y de un NNA llegasen a tener un peso similar, hay buenas razones para situar los intereses del NNA por sobre los del adulto. Esto, pues los NNA serían víctimas inocentes de cómo los adultos han conducido sus vidas.

⁴⁶ Cfr. Sales, M. (2015). *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona, p.152. Los sistemas regionales europeo y americano se han referido a esta cuestión con ocasión del desarrollo de la vida familiar. Así, al decidir sobre supuestas violaciones del derecho a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afirmado que el Estado nacional debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el NNA y en sus padres y/o madres; que esta medida debe ser considerada como temporal, por lo cual se le debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan; y que cualquier medida alternativa de cuidado temporal debe encaminarse a que el NNA vuelva a estar bajo la crianza de sus padres (caso *P, C. and S. versus United Kingdom*, 2002, párrafos 116 y 117). El TEDH ha reiterado esta interpretación del derecho a la vida familiar, valorando equilibradamente los intereses envueltos. Así, ha señalado que el juez debe conceder particular importancia al interés superior del NNA, el que, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la situación, puede superponerse al interés del progenitor (caso *Johansen versus Noruega*, 1996, párrafo 78). Asimismo, ha afirmado que la toma a su cargo de un NNA por la autoridad pública no pone fin a sus relaciones familiares naturales, debiendo propenderse a la reintegración en su familia (caso *Couillard Maugery versus Francia*, 2004, párrafo 270). Para el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que “dada la importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas” (caso *Masacres de Río Negro versus Guatemala*, 2012, párrafo 145). La CIDH ha señalado también que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el papel central de la familia y la vida familiar

En este sentido, el artículo 18 de la CDN establece en su párrafo segundo, que: “2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes **prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño** y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.⁴⁷

La CDN obliga a los Estados a proveer educación parental y a otorgar ayuda a los padres y/o madres que requieran apoyo para el cumplimiento de sus funciones parentales. Esto se debe a que, como he dicho, el Estado está obligado a *garantizar* el disfrute del derecho del NNA a la dirección y guía apropiadas por parte de sus padres y/o madres. En este mismo sentido, el Estado debe facilitar dicho disfrute asegurando la existencia de un ambiente propicio para el desarrollo de la guía y dirección adecuadas.

El artículo 27 de la CDN, referido al derecho del NNA a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, se inscribe en esta misma línea. Su párrafo tercero señala que: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, **adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho** y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.⁴⁸

.....
en la existencia de una persona y en la sociedad en general; agregando que el derecho de protección a la familia “es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas” (caso *Artavia Murillo y Otros - “Fecundación In Vitro” - versus Costa Rica*, 2012, párrafo 145). En el mismo sentido, la CIDH ha señalado: “Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal” (Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, punto 5 del párrafo 137).

⁴⁷ Énfasis añadido. El párrafo tercero añade que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

⁴⁸ Este artículo contiene un último párrafo que establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por

En suma, el Estado debe asegurar que todos los padres y/o madres y las personas que ejercen funciones de cuidado de NNA son idóneas para ello; es más, debe poder detectar cuáles son las causas que impiden el adecuado ejercicio de tales funciones.⁴⁹

Por último, se ha señalado que en la asunción, el despliegue y fortalecimiento de las habilidades parentales y en el otorgamiento de estas medidas que el Estado debe adoptar para favorecerlas, adquieren una relevancia primordial la participación del propio NNA y las organizaciones de la sociedad civil.⁵⁰

6. CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de la República de Chile no consagra derechos explícitos a favor de nuestros niños, niñas y adolescentes, ni a modo de catálogo ni de forma general. A veinticinco años de ratificada la CDN, tampoco contamos con una ley de protección integral de los derechos de la niñez. En relación a los derechos de adultos y menores de edad en sus relaciones de familia, el texto constitucional alude, de manera muy incipiente, a la protección de la familia, y al derecho de las personas al respeto y a la protección de la vida privada y de su honra y de su familia.

el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

⁴⁹ El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que entre estas causas se encontrarían los matrimonios y las paternidades/maternidades tempranas; la maternidad/paternidad en soltería; la separación del NNA de sus padres y/o madres; el abuso producido en el propio ambiente familiar; el creciente abandono de NNA en hogares, la negligencia, el abandono y la falta de cuidado del NNA. Así se desprende de las siguientes Observaciones Generales: N° 8 (2006) sobre “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)”; N° 4 (2003) sobre “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”; N° 3 (2003) sobre “El VIH/SIDA y los derechos del niño”; N° 7 (2005) sobre “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”.

⁵⁰ Cfr. Kamchedzera, G. (2012). ‘Article 5 The Child’s Right to Appropriate Direction and Guidance’, in Alen A et al. (editors), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 29-31.

2. El derecho a la vida familiar no ha sido consagrado por el ordenamiento jurídico en términos generales, y la jurisprudencia escasamente alude a su protección con ocasión del rechazo a la separación de los NNA de su familia en situaciones en que la intervención estatal parece desproporcionada.
3. La responsabilidad parental no se encuentra consagrada en el texto constitucional; salvo, indirectamente, en lo que respecta al ámbito educacional, y con el propósito claro de reconocer a padres y/o madres el derecho preferente a educar a sus hijos/as, relegando al Estado a una posición subsidiaria. Por su parte, si bien nuestra legislación ha dado pasos referidos al ejercicio conjunto y en igualdad de condiciones de los derechos y deberes parentales, su tratamiento aún no se ajusta completamente a los postulados de la CDN.
4. Al colmar estas omisiones, un nuevo texto constitucional debe considerar los parámetros entregados por la CDN, así como su desarrollo dogmático y jurisprudencial. De este modo, al proteger las relaciones familiares, y en especial los derechos del NNA en ellas, debiera tener en cuenta, al menos, los siguientes aspectos:
 - El reconocimiento expreso del NNA como sujeto de derechos, de su ejercicio autónomo, de la vigencia del interés superior como principio rector para el goce de sus derechos, y de la protección efectiva de su derecho a la participación.
 - La consagración de la existencia de ciertos derechos y deberes que los padres y/o madres deben ejercer respecto de sus hijos/as, con mención expresa a funciones básicas como la formación, cuidado, orientación y educación.
 - El establecimiento de estos derechos y deberes parentales como un derecho del propio NNA a disfrutarlos conforme a la evolución de sus facultades.
 - La conveniencia y pertinencia de utilizar las palabras “guía” y “dirección” al aludir a los derechos y deberes que los padres y/o madres, así como otras figuras parentales y de cuidado, deben observar respecto de los NNA. Ello, en cuanto son términos utilizados por la CDN y a cuyo respecto los organismos

internacionales y la doctrina especializada han desarrollado un cúmulo de alcances que contribuyen a delimitar su contenido.

- El establecimiento del deber del Estado de reconocer a los padres y/o madres como los principales llamados a respetar el derecho del NNA a recibir adecuadas dirección y guía; así como la consagración explícita del deber de implementar medidas preventivas y reactivas de apoyo para su ejercicio responsable y, como última alternativa, de adoptar resoluciones que importen la separación del NNA de su familia y/o de su contexto social y comunitario.
- La consideración de principios rectores para la observancia de las funciones parentales: el respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, al derecho a la no discriminación, al interés superior del NNA, a su autonomía progresiva, y a sus opiniones y sentimientos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bainham, A. (2009). 'Is Anything Now Left of Parental Rights?', in Probert R, Gilmore S, Herring J (editores), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford and Portland, Oregon, pp. 23-42.
- Burt, R. (2000). 'Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores', in Beloff M (compiladora), *Derecho, infancia y familia*, Gedisa, Barcelona, pp. 13-36.
- De Palma, A. (2004). 'El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores', *Cuadernos de Derecho Local (QLD)*, pp. 103-138.
- Dwyer, J. (2006). *The Relationship Rights of Children*, Cambridge University Press.
- Eekelaar, J. (1992). 'The importance of thinking that children have rights', *International Journal of Law and the Family*, 6, pp. 221-235.
- Eekelaar, J. (1994). 'The interest of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism', *International Journal of Law and the Family*, 8, pp. 42-61.
- Eekelaar, J. (2006). *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press.

- Eekelaar, J. (2016). 'Parental Responsibility as a Privilege', en Espejo, N. y Lathrop, F. (editores), *Grandes Debates sobre Responsabilidad Parental*, LegalPublishing (por publicar).
- Espejo, N. (2016). 'El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental', en *Estudios de Derecho Familiar I* (Varios Autores), Thomson Reuters, Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 197-209.
- Espejo, N. y Lathrop, F. (2015). *Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes*, UNICEF-Chile.
- Herrera, M. y Lathrop, F. (2016). 'Parental responsibility: A comparative study of Latin American legislation', *International Journal of Law, Policy and the Family*, 3 (por publicar).
- Kamchedzera, G. (2012). 'Article 5 The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance', in Alen A et al. (editors), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 1-40.
- Lathrop, F. (2014). 'La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno', *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, julio, pp. 197-229.
- Lovera, D. (2009). 'Niño, Adolescente y derechos Constitucionales: de la protección a la autonomía', *Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, pp. 11-54.
- Rizik, L. (2014). 'Los derechos del niño y la protección a la familia. El caso Fornerón e Hija vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos', *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado*, 6, diciembre, pp. 35-48.
- Sales, M. (2015). *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Bosch, Barcelona.
- UNICEF (2004). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Valpuesta, R. (2012). *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo blanch, Valencia.

Leonor Etcheberry C. y Claudio Fuentes M.

El derecho de los niños a ser oídos

El derecho de los niños a ser oídos

1. INTRODUCCIÓN

El respeto por los derechos de los niños es un mandato transversal a todo el ordenamiento jurídico chileno, que abarca desde la normativa constitucional hasta el último de los Reglamentos que se dicten en nuestro país. Por ello, una buena iniciativa sería darles el carácter de derechos fundamentales con un artículo semejante al que se encuentra en el artículo 49 de la Constitución ecuatoriana: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; 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 a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que los afecten...”. Sin embargo, cuando no existe este tipo de declaraciones, es la Constitución la que deberá fijar el marco que contiene los derechos que se reconocen y respetan a los niños. Este trabajo se referirá, en específico, al derecho de los niños a ser oídos y en cómo éste debe estructurarse para que las leyes que se dicten a este respecto sean constitucionales, pues, en definitiva, se podría recurrir al Tribunal Constitucional simplemente porque la ley no reconoce o posibilita este derecho.

* Abogado por la Universidad de Chile. Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Abogado integrante de la Excelentísima Corte Suprema.

** Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales (UDP). DP. Master of the science of law, Stanford University. Candidato a doctor en derecho, Stanford University. Actualmente es profesor de Derecho Procesal y de Procesal Penal, Facultad de Derecho de la UDP. Asimismo, es el coordinador e investigador del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la misma casa de estudios. Sus líneas de investigación son reformas a la justicia en Chile, debido proceso, derecho probatorio y acciones colectivas.

En la primera parte nos referiremos a los tratados internacionales y a la normativa constitucional, para luego abocarnos a la parte más práctica, a fin de que Chile cumpla en su legislación interna con lo dispuesto en los tratados internacionales que ha suscrito y que se refieren al derecho del niño a ser oído.

2. EL DERECHO A SER OÍDO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

A partir de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), se produce un cambio en su consideración como sujeto de derechos y se le aseguran las mismas prerrogativas que a los adultos. El problema es que, al entender que los niños son autonomías en desarrollo, es necesario adecuar estos derechos al alcance de sus necesidades.

Al momento de ratificar la Convención, se entiende que todos los derechos reconocidos a los niños en ella pasan a formar parte de nuestra Constitución, tal como prescribe el artículo 5to inciso 2do. Por ello, es indispensable preguntarse si nuestro país efectivamente ha hecho un esfuerzo por adecuar su legislación para respetar esos derechos o, simplemente, se los garantiza igual que a los adultos, con lo que podemos concluir que solo se trata de una declaración sin contenido y que los niños, en definitiva, no tendrán acceso a dichos derechos.

Para analizar este derecho de los niños a ser oídos, recogido en el artículo 12 de la CDN y que es de suma importancia, debemos partir señalando que es imposible comprenderlo sin referirnos primero al principio del interés superior del niño, contenido en el artículo 3º de la CDN que señala:

- “1. 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.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en

cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Se le ha criticado a este artículo que no señala qué debemos entender por interés superior del niño; no obstante, hay diferentes instrumentos que nos han entregado parámetros para poder construirlo en cada caso en particular. Esto ocurre, por ejemplo, en la Children Act del año 1989, en la Observancia General N° 14¹ y, en nuestro país, en la última reforma del Derecho de Familia en el artículo 225-2 del Código Civil², donde se señala cuáles son los parámetros necesarios para determinar quién tendrá el cuidado personal de los niños si los padres viven separados. Sobre la base de estos instrumentos podremos determinar el interés superior del niño y entonces definir quién tendrá mejores aptitudes para que el niño lo alcance.

¿Por qué es necesario referirse a este principio primero? Porque en este punto las opiniones son unánimes e indican que no es posible construir el

¹ Para estos efectos, véase la Children Act que recoge los siguientes parámetros:

- Los deseos y sentimientos del niño (depende de la edad).
- Sus necesidades físicas, educativas y emocionales.
- El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor.
- Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante.
- Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo.
- Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer las necesidades del menor.

Dentro de lo que las Naciones Unidas en su Observancia General N° 14 considera que debe tomarse en cuenta son: la opinión del niño; la identidad del niño (nacionalidad y lugar donde se ha desarrollado), la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones (ambos padres, donde vivía, idioma, etc.).

² Artículo 225-2:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. i) El domicilio de los padres. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

interés superior de un niño si éste no ha sido escuchado; lo cual no significa que su interés tenga forzosamente que coincidir con lo que él declare, pero tampoco obsta a que sea necesario tomar en cuenta el interés superior, como uno de los elementos más importantes. En el hecho, mientras más autónomo sea el niño más vinculante será la opinión para la autoridad, especialmente porque el niño menos podrá comprender y estar de acuerdo con una resolución que decida justamente lo contrario a lo que él señaló que quería. Debemos recordar que el paternalismo no está justificado en la mayoría de los casos, por lo cual, si efectivamente así se falla, el menor necesitará una explicación por parte de la autoridad que la dictó.

Este trabajo se centra en el niño ante los tribunales y su derecho a participar en su proceso judicial³. Un niño puede participar en un juicio en calidad de víctima, de testigo o de parte/interesado. No nos abocaremos acá al niño víctima –esto es, cuando ha sido objeto de algún delito– ni al problema de su revictimización que se produce cada vez que debe repetir lo que le sucedió; ni tampoco en su calidad de testigo, ya que en este caso está claro que se deben aplicar las normas de ese medio probatorio adecuadas a lo particular de un niño. Nuestro interés, por lo tanto, es referirnos al niño cuando es interesado en el juicio, es decir, cuando puede ser considerado parte, esto es, todo aquel que está interesado en el resultado del juicio o quien resulte afectado en su vida por la sentencia que se dicte.

El artículo 12 de la CDN consagra expresamente el derecho del niño a ser oído de la siguiente forma:

- “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, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte

³Tenemos claro que los niños deben ser oídos no solo como seres individuales, sino también como grupos sociales que deben influir en los procesos legislativos, para que efectivamente pueda tomarse en cuenta su opinión; lamentablemente eso puede constituir otro trabajo de distinta magnitud y con diversas características.

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”.

También la Convención Americana de Derechos Humanos, sin referirse especialmente a los niños, consagra este derecho:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Asimismo, en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad se recoge en forma expresa el derecho que tienen los niños con esta condición a ejercer este mismo derecho, señalando textualmente:

“Artículo 7. Niños y niñas con discapacidad.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

De acuerdo con lo que podemos apreciar, la participación de los niños, niñas y adolescentes –en adelante NNA– en el procedimiento no es un tema de fácil aproximación; los niños de por sí enfrentados a situaciones difíciles y desconocidas no se sienten en su mayoría cómodos. Si a eso le sumamos que en estos casos, con frecuencia, vienen de vivir un proceso estresante como, por ejemplo, la separación de sus padres, o algún tipo de abuso cometido por un familiar o un tercero, más tensionante aún será enfrentarse al tribunal donde deberá dar a conocer su opinión. En este

escenario, lo primero que debemos relevar es qué características debe tener este derecho de los niños a ser oídos para que efectivamente se cumpla con los estándares de los instrumentos internacionales ya señalados, y en especial con la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño del año 2009.

Una parte de la doctrina ha entendido que no es lo mismo hablar del derecho a ser oído y del derecho a ser escuchado; así lo sostiene García Pastor (2014, p. 120), al señalar que: “Existe una diferencia importante en definir este derecho como el de ser oído o por el contrario el derecho a ser escuchado. El ser oído, implica que un tercero, tiene derecho a escuchar la opinión del menor; para adoptar una decisión con la mayor información posible. Por el contrario, si hablamos del derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama ser oído por la persona que tendrá que decidir sobre una cuestión que le afecta, porque le interesa transmitir su parecer con la lógica finalidad de que influya de alguna manera en la persona que toma decisión”. En nuestro ordenamiento jurídico no es necesario hacerse cargo de la terminología expuesta, ya que al hablar del derecho del niño a ser oído, tal como lo señala la CDN, se encontrarán comprendidos ambos aspectos y nos parece más acertado seguir con las palabras utilizadas en dicha Convención.

Antes de pasar a analizar las características mencionadas, debemos dejar en claro que el ejercicio de este derecho no es una obligación para el niño. Él debe manifestar si quiere dar su opinión o prefiere no hacerlo, pero estamos claros que esa decisión, de suyo importante, debe ser tomada en forma informada por el niño porque muchas veces entenderá que si lo hace, sus padres se enterarán del contenido, o sentirá que está siendo desleal con uno de ellos y, por lo tanto, preferirá que otros decidan sobre algo que, en definitiva, les afectará. Al decir de Jaime Couso: “Tras esta facultad de ejercer derechos autónomamente, que va haciéndose cada vez más amplia a medida que las competencias del niño se desarrollan, se encuentra una garantía muy importante, que se dirige a evitar que en el nombre de los derechos de los niños se les prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas. Esa garantía se relaciona en última instancia con una facultad que, en un ordenamiento constitucional respetuoso

de la autonomía individual, acompaña por regla general a todo derecho: la facultad de renunciar a ejercerlo”.⁴

Es cierto que los derechos de los niños no están acompañados de la facultad de renunciar a ejercerlos en estos casos excepcionales de “paternalismo jurídico justificado” (Garzón, 1988). Pero en todos los demás, que deben ser la regla (debiendo asumir la “carga de la prueba” quien postula la justificación, en un caso concreto, de una medida paternalista) (Freeman, 1997), también es una garantía en favor del principio que considera al niño como sujeto de derechos, la facultad de renunciar al ejercicio de los mismos. El sentido garantista de esta facultad no tiene nada que ver, como podría objetarse, con la afirmación de un supuesto derecho a la autodestrucción, sino con la facultad del titular de derechos fundamentales de decidir cuándo y cómo ejercer sus derechos y, especialmente en casos de colisión entre algunos de estos derechos, la facultad de decidir qué síntesis entre sus derechos en tensión es la que prefiere, qué renuncias o sacrificios parciales de ciertos intereses querrá hacer hoy en favor de la salvaguarda actual o futura de otros intereses que considera más importantes. Así, lo que desde fuera parecerá la renuncia de un derecho, desde el punto de vista del titular del derecho normalmente se vive como la definición libre de un determinado orden de prioridad de sus intereses, en casos de colisión entre los mismos. Si no se reconoce al titular del derecho esta garantía, que externamente debe ser entendida como la facultad de renunciar a un determinado derecho (aun cuando ello sea para resguardar otro que le importa más), se somete a esa persona al peligro permanente de que otros decidan su vida, en nombre de sus derechos, de acuerdo con las preferencias de esos otros (Couso, 2006).

3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

A nuestro juicio, y siguiendo en esto a la doctrina internacional, nacional y sobre todo la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos

⁴ Así lo entiende McCormick, Niel, “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en *Derecho legal y socialdemocracia*, (traducción de González Soler), Madrid, 1990. Afirma que es posible concebir a los derechos sin considerar a su renunciabilidad como un elemento esencial a ellos, sino como una facultad complementaria, en la tradición del Estado constitucional basado en el respeto de la autonomía individual.

del Niño, llegamos a la conclusión que para consagrar debidamente este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, se deben reunir, a lo menos, los siguientes requisitos:

3.1 Escucha efectiva

El niño debe ser debidamente escuchado por las autoridades correspondientes, ya sean administrativas o judiciales. Para poder entender que se cumple con este requisito, el niño debe ser efectivamente escuchado, lo cual implica un procedimiento que señala los momentos posibles en que esto suceda y se haga directamente con la autoridad, en nuestro caso, el juez. Esto no impide que puedan participar otras personas, alguien experto en entrevistas con NNA, por ejemplo, y en el caso del niño, también puede ser acompañado por un representante, si se le ha nombrado uno para defender sus intereses. Debe además realizarse en un lugar y forma adecuados al menor, aspecto que se desarrollará más adelante.

3.2 Evaluación de la capacidad

Se debe evaluar la capacidad del niño, tal como lo establece el artículo 12 de la CDN, que señala “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio... en función de la edad y madurez del niño”.

Es importante dejar en claro dos premisas fundamentales; primeramente, no existe una edad mínima a partir de la cual el juez tiene la obligación de escucharlo, pues la capacidad que tiene un niño para formarse un juicio propio depende de aspectos subjetivos y arbitrarios que no obedecen exclusivamente a su edad, por eso es que la Convención conjuga la edad con la madurez. Además, el desarrollo y la vida que ha tenido cada niño influye directamente en su madurez; así, un mismo niño puede ser muy maduro respecto de un aspecto de su vida y muy inmaduro respecto de otros, y será el juez quien tendrá que saber diferenciarlos. En este punto tiene gran relevancia el principio de la autonomía progresiva del artículo 5 de la CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras

personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Como señala Couso (2006): “Los niños aparecen en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos (no existe una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales, como sí ocurre en cambio en relación con ciertos derechos del ámbito civil). A los padres o adultos responsables de su cuidado, por su parte, se les reconoce la facultad, el derecho y el deber de impartir al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Finalmente, la forma que adoptará esa tarea de dirección y orientación irá variando conforme evolucionen las facultades del niño: no será igual respecto del ejercicio de derechos por parte de un niño de ocho años que respecto de un adolescente de dieciséis”.

¿Qué debería hacer el juez frente a esta evaluación? Primero, establecer si el niño comprende por qué se le llama a emitir su opinión e informarle que está en libertad de hacerlo o no. Y aun cuando el juez determine que poco puede aportar, igualmente es necesario oírlo, ya que el niño se puede manifestar de diferentes maneras: mediante el lenguaje oral; respondiendo preguntas a través de dibujos o signos, que pueden ser interpretados por personal idóneo; y, finalmente, mediante el lenguaje corporal, que puede en ciertos asuntos denotar, por ejemplo, rechazo o afecto hacia una persona. Lo mínimo, entonces, es que el niño entienda lo que se le pregunta o sobre el tema acerca del cual se está conversando.

3.3 Información previa

El niño debe ser previamente informado, por una persona capacitada, sobre qué es lo que se está discutiendo, y en forma particular sobre:

- a) Quiénes son las partes en el conflicto.
- b) Qué es lo que las partes discuten, cuáles son las razones o argumentos de su discusión y qué espera cada una de ellas en la resolución del juicio.
- c) En qué aspectos del juicio se espera que emita su opinión.

- d) Ante quién y en qué forma deberá hacerlo (aunque esto último pueda ser decisión de él).
- e) Cómo se tomará en cuenta lo que él opine en la decisión final.
- f) La importancia de su opinión, aunque no sea obligatorio para el juez fallar de acuerdo con ella.
- g) El derecho que tiene a no opinar.

3.4 Consideración de la opinión

La sentencia judicial o la decisión administrativa deben contener una referencia a la declaración del niño, en que se entienda que su opinión fue tomada en cuenta, sobre todo en caso que se decida en contra de lo que él señaló. En este punto es necesario dejar en claro que la audiencia en que se oiga al niño puede ser confidencial, lo que trae ciertas consecuencias que se explicarán más adelante; pero aunque así lo sea, el juez tiene la obligación de mencionar que tuvo en consideración la opinión del menor en su sentencia. Es esto lo que la Corte Interamericana le reprochó a la Corte Suprema en su fallo emitido en el caso *Atala*, ya que el tribunal internacional está consciente de que las niñas no fueron nuevamente escuchadas en el proceso seguido ante la Corte Suprema y que tampoco existe registro en la sentencia de este órgano de las razones que motivan apartarse de lo expresado por las menores. Ante esto señala en la sentencia: “El Tribunal no considera que la Corte Suprema tuviera que realizar una nueva audiencia en el marco de la decisión sobre el recurso de queja para escuchar a las menores de edad sobre sus preferencias respecto a la convivencia con uno de los padres, si dentro del expediente de tuición existían varias pruebas en las que constaba la voluntad de las mismas. Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña”.⁵

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 205.

3.5 Debido proceso

Por último, debemos entender que el derecho de un niño a ser oído forma parte de lo que nuestra Constitución considera el debido proceso, por lo tanto, no se estaría cumpliendo con este derecho fundamental si el juez, simplemente y sin ninguna explicación, decide no oírlo, pues estaría infringiendo el artículo 19 N° 3 que señala: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...”, y en su inciso 5to agrega que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

De acuerdo a Vargas y Correa (2011, p. 4): “La aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, se entronca con el derecho al debido proceso. Uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas... Dado que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional alcanza también a los niños en su calidad de personas. Un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa. En estos casos adquiere una especial connotación y se materializa a través del derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta. Contiene además una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial”.

Tanto es así que los tribunales han considerado que se trata de un trámite esencial en el procedimiento, de acuerdo con el artículo 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil. En la sentencia de la Corte Suprema de 18 de agosto de 2015, se señala: “CUARTO: Que, como se aprecia, y se viene diciendo, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído al niño P.A.N.G.D. en una materia de vital importancia para sus intereses, en que

está envuelto su derecho sustantivo a la identidad, además de hacer constar que el derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el de expresar su parecer. En lo particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Este derecho, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, ha sido recogido en el artículo 16 de la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia como principio rector del contencioso de familia al disponer, en lo que interesa: “Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento...”.

QUINTO: Que por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño, alrededor de 11 años, éste ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil”.

Si bien todo lo anterior es de la máxima importancia, debemos recordar que la Constitución Política de la República señala que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, por lo cual es necesario, en esta parte del trabajo, entender cómo debieran materializarse estos supuestos en las leyes de

carácter procesal, para que efectivamente podamos decir que el Estado de Chile cumple con este derecho.

4. LAS IMPLICANCIAS PROCESALES DEL DERECHO A SER OÍDO

El derecho de los NNA a ser oídos en el contexto de procedimientos judiciales y/o administrativos, supone por parte de los Estados el aseguramiento de una serie de exigencias o garantías mínimas, las cuales vienen a impactar en el diseño y la práctica de los procedimientos mismos. Estas exigencias se traducen en diferencias o modificaciones procesales y constituyen una manifestación del trato especializado al cual los NNA tienen derecho en función de su posición como sujetos de derecho y su desarrollo progresivo.⁶ A continuación se desarrollarán estas exigencias.

En primer lugar, el derecho de los NNA a ser oídos supone que el legislador nacional, al momento de diseñar los procedimientos judiciales o administrativos, debe considerar la posibilidad de que ellos se vean involucrados o potencialmente afectados por las decisiones que se tomarán. Ante esta posible situación, el legislador debe tomar resguardos para que los procedimientos que diseñe provean de los medios para asegurar el ejercicio de este derecho, lo cual se traduce en garantizar la existencia de una oportunidad y de un mecanismo adecuados para estos efectos.

Garantizar una oportunidad supone, al menos, que el diseño procedimental consagre de manera clara un espacio para que el niño sea oído, modificando la regularidad del proceso. Esto puede significar que éste contemple momentos específicos y predeterminados donde el juez debe preocuparse por verificar si es que el NNA desea participar y permitir que lo haga, en el evento que ello corresponda. Lo anterior, no obsta a la consagración de una

⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, párr. 96, señala: “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.

facultad general por parte del menor de requerir ser escuchado en cualquier etapa procesal, mediante el uso de un determinado mecanismo como, por ejemplo, una audiencia.

Es importante aclarar que, si bien el legislador puede establecer momentos en los cuales el juez debe preocuparse por verificar los deseos de los NNA de ser oídos, estas oportunidades no pueden ser las únicas en las cuales esta participación tenga lugar. Esto se debe a que se trata de sujetos de derechos, entre ellos, al debido proceso;⁷ este último les asegura su derecho a intervenir en cualquier momento o etapa del juicio, por lo mismo, si el NNA o su representante quieren ser escuchados en un momento en que el legislador originalmente no ha anticipado su posible participación, el diseño procedimental debe ser lo suficientemente flexible para permitirle al juez oírlos. Bajo esta misma idea, resulta claro que el legislador no puede limitar *a priori* y en todo evento el número de oportunidades en que el NNA pueda intervenir.

Como ya se mencionó, el diseño procedimental contemplado por el legislador debe establecer mecanismos para que el NNA pueda hacer uso de su oportunidad de ser escuchado. Si bien más adelante se desarrollarán las características que algunos de estos mecanismos deben tener y los fines a los cuales estos propenden, es importante notar que la mera consagración de una oportunidad procesal, sin que el legislador contemple vías especiales para hacer efectivo el derecho, puede derivar en una violación al mismo.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño establece que los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños, lo que supone que el tratamiento procesal, en principio, no debería ser el mismo que recibe un adulto. Esta diferencia se deriva del estado de

⁷ La titularidad de los niños respecto al derecho al debido proceso y el alcance de esos derechos ha sido explicado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Observación General N° 13 relativa al artículo 14 del PICP, que sostiene que “los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 14 - Administración de justicia, CCPR/C/21, párr. 16. Idea reiterada por la misma Corte Interamericana en la Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, previamente citada.

desarrollo progresivo propio de los NNA, ya que darle a un niño el mismo tratamiento que a un adulto puede terminar siendo un obstáculo para el ejercicio de su derecho, ya sea porque este no tiene las mismas herramientas cognitivas, o porque se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le impide expresarse sin problemas.⁸

En este sentido, un buen ejemplo de esta diferencia de trato se observó concretamente en el referido caso de Karen Atala y otros contra Chile, cuando la misma Corte Interamericana explicó a las niñas involucradas su derecho a ser oídas en la causa. En dicho caso, la Corte indicó que, previo a informar a las niñas, se tuvo una reunión con una psiquiatra en donde se discutió acerca de qué se informaría a estas y de qué manera se haría, a efectos de asegurar que la información entregada fuese “accesible y apropiada” para ellas.⁹ Dicha reunión previa no sería necesaria en el caso de un adulto, quien tendría las habilidades cognitivas y la madurez suficiente para entender adecuadamente la situación; pero sí puede serlo, en algunos casos, en función de la situación particular de los NNA. Se observa así el uso de un mecanismo, de un instrumento, que permite otorgar un trato especial a los niños involucrados.

Si bien la misma CDN en su artículo 12 establece algunos de estos mecanismos, es importante recalcar que no son los únicos que el legislador puede contemplar y que el diseño procedimental debe permitir la puesta en práctica de otros dispositivos que permitan dar una adecuada diferencia de trato a los NNA en el contexto del proceso. Esto último se vincula con la última exigencia procesal general en esta materia: la necesidad de un juicio de ponderación por parte del juez. El NNA, si bien es titular del derecho a ser oído, debe igualmente solicitar al tribunal el ejercicio de este derecho. Esta solicitud exige que el juez determine la forma en que será oído, esto es, a

⁸ Así lo ha dicho la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, al indicar en el párr. 98: “En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de sus derechos y garantías”.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Ob. Cit.*, párr. 69.

través de qué instrumento o método comunicará su parecer al tribunal, lo que se determinará en función del caso particular y los deseos del menor.

Es menester cerrar esta primera sección general aclarando que la mera consagración normativa de un modelo procesal que contemple la oportunidad y los medios a través de los cuales el NNA sea escuchado, no obsta la obligación general del Estado de asegurar que en todo procedimiento judicial o administrativo particular en que él desee ser escuchado, lo sea efectivamente. Un diseño procesal adecuado no impedirá que exista una violación al derecho si es que en el caso puntual el NNA decide ser escuchado y por diversas circunstancias este no puede serlo. Es así que en el caso Furlan contra Argentina, la Corte Interamericana detectó una violación, ya que: “De la prueba que obra en el expediente judicial, la Corte observa que Sebastián Furlan no fue escuchado directamente por el juez a cargo del proceso civil por daños y perjuicios. Por el contrario, en el expediente hay prueba de que Sebastián Furlan compareció personalmente dos veces al juzgado, sin que en ninguna de las oportunidades fuera escuchado. (...)”.¹⁰

5. MECANISMOS QUE ASEGURAN EL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO

5.1 Punto de partida: las finalidades tras los mecanismos que aseguran el derecho a ser oído

Previo al análisis más detallado respecto de los mecanismos que el mismo artículo 12 contempla y que son posteriormente desarrollados por la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, es necesario considerar cuál es el objetivo detrás del trato procesal diferenciado que la Convención exige a los legisladores al momento de diseñar los respectivos procedimientos judiciales o administrativos.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 232.

En este punto la Observación General no es del todo explícita, pero una lectura sistemática de los comentarios realizados por la entidad al artículo 12, permite identificar cuál es el objetivo final detrás de estos mecanismos. Al respecto, el Comité, en el párrafo 34 de la Observación sostiene: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados”.

Existen dos finalidades que pueden desprenderse de los ejemplos y comentarios que el mismo Comité elabora en su Observación. Una primera finalidad dice relación con asegurar que la participación del niño no produzca consecuencias negativas a sus relaciones familiares o a su integridad física o psíquica. Con todo, hay una segunda finalidad que debe ser considerada y que es igualmente relevante, esto es, que los mecanismos a través de los cuales se asegure el derecho del niño a ser oído permitan conocer el “genuino parecer” de este.

Por “genuino parecer” nos referimos a que las condiciones en las cuales el NNA ejerza su derecho a ser oído estén libres de dificultades o de situaciones que impidan, obstaculicen o distorsionen su opinión respecto de la causa en que se ve involucrado. En este sentido, un entorno hostil al momento de ser escuchado no solo puede generar que el niño sufra algún perjuicio psicológico o emocional al momento de declarar, sino que puede impedir que declare o que, cuando lo haga, carezca de la tranquilidad suficiente para dar su opinión de la forma más clara posible.

A nuestro parecer, esto supone que el legislador, al momento de contemplar arreglos mediante los cuales los NNA puedan ejercer su derecho a ser oídos, debe no solo preocuparse de que estos impidan exponer al niño a situaciones perjudiciales para su salud física o mental, sino también que considere de qué manera la intervención del NNA, mediante un determinado dispositivo, puede verse obstaculizada o que su opinión corra el riesgo de ser distorsionada, haciendo que esta se vuelva poco clara, sea transmitida de manera confusa o que, derechamente, su parecer, cuando el NNA interviene a través de terceros, no llegue al tribunal.

Así, si se revisan las medidas específicas propuestas por el Comité es posible notar que ambas finalidades son resguardadas. Por ejemplo, el Comité menciona que debe ponerse especial atención al suministro y transmisión de información. Una primera lectura de esta idea, la relaciona con el impacto que la información acerca de la causa que llevan sus padres puede tener en el NNA, generando un quiebre en su relación u otro tipo de problemas. Asimismo, la entrega de información al NNA en los mismos términos que se entregaría a un adulto puede suponer un problema más que una ayuda para él, por ejemplo, mediante un reporte muy detallado que sea abrumador o que sus capacidades actuales no le permitan comprender a cabalidad. A este respecto, la información que se entregue al NNA no debe ser la misma que se entregaría a un adulto, sino aquella que le permita una “comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”.¹¹

En el mismo sentido puede interpretarse el ejemplo de capacitación del personal. Nuevamente una primera lectura muestra el riesgo psicológico que el NNA corre al tener contacto con un personal no entrenado, por ejemplo, si se lo somete a un procedimiento de participación que le produzca angustia. Asimismo, un profesional que no tiene el adecuado entrenamiento puede distorsionar la opinión del NNA, por ejemplo, si utiliza técnicas de entrevista que sean sugestivas o que terminen por transformar la instancia de ser escuchado en una de recomendación para el juez, o solicitándole al propio niño que evalúe las habilidades de sus padres.¹² En cualquiera de estas instancias el genuino parecer se pierde, se distorsiona y derechamente deja de ser lo más relevante. Ambas finalidades nuevamente pueden ser resguardadas mediante el diseño de salas del tribunal, el equipamiento con pantallas de protección visual, entre otras medidas.

¹¹ Comité de los Derechos del Niño (2009), Observación General N° 12, párr. 21.

¹² El estudio realizado el año 2011 por Macarena Vargas y Paula Correa, en el cual se revisaron audios y carpetas de cientos de casos a efectos de determinar cómo se materializaba en Chile el derecho de los niños a ser oídos, dio cuenta de problemas referidos a la comprensión que tanto jueces como consejeros técnicos tenían de la audiencia reservada, los cuales tenían impacto en la capacidad del NNA para dar a conocer su genuino parecer en la audiencia: “Los niños dejan de ser entrevistados y pasan a ser receptores del mensaje del juez, que en su calidad de autoridad los orienta (o incluso los reta) respecto de la relación con su padre, madre o familia. Por lo general, a través de ese mensaje se busca que el niño modifique en algo las preferencias o intereses manifestados durante la entrevista...” (Vargas y Correa, 2011, pp. 12 y 13).

En suma, en el diseño de un mecanismo de intervención procesal para que el NNA pueda ser escuchado, debe asegurarse que este no sufra efectos nocivos derivados del ejercicio de su derecho, pero igualmente que su voluntad será claramente transmitida a las autoridades.

5.2 Los mecanismos para ser escuchado regulados en la Convención

La CDN indica en el numeral 2 del artículo 12 que “se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado (...) ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (...)”. El tenor literal del artículo en comento da a entender que existen, en principio, dos vías mediante las cuales el NNA puede manifestar su opinión, directamente frente al tribunal o a través de terceros.

Ahora bien, frente a esta norma podría surgir la pregunta acerca de si el legislador y/o el juez podrían escoger libremente entre ambos mecanismos. La respuesta es negativa.

El derecho del niño a ser oído es el punto de partida, cuya manifestación más elemental es la decisión que tiene acerca de ejercer o no este derecho, tal como se ha dicho. Esto supone que los jueces pueden considerar que el NNA debe ser escuchado, pero la palabra final es del niño. Ahora bien, una vez que éste decide que ejercerá su derecho, nuevamente la palabra final la tiene el niño, quien puede escoger dar a conocer su parecer directamente, a través de una tercera persona o mediante otros medios.

En el escenario en el cual el niño desea ser escuchado directamente por el tribunal, el mismo tenor de la Observación General N° 12 da cuenta de que su deseo debe preferirse, a menos que el tribunal, en función de su situación particular y su interés superior, considere que no se dan las condiciones para que este sea escuchado directamente, en cuyo caso podría hacerlo a través de su representante. Con todo, debe destacarse que solo estos dos parámetros permiten que el juez pueda decidir no escuchar al niño. Entonces, si la participación directa del niño no afecta su interés superior, el juez está obligado

a respetar su deseo, no siendo una alternativa para el tribunal la elección de un mecanismo u otro.

Esto se debe a que tanto la audiencia como la participación del representante del NNA tienen una función específica para el sistema de justicia; son los medios a través de los cuales el NNA ejerce su derecho a ser oído. Esta situación es bien distinta a cuando es considerado un testigo de la causa, hipótesis en donde el juez podría tener más facultades a efectos de determinar cómo será escuchado, lo que se debe a que su intervención tiene una finalidad diversa: tratarlo como fuente de información.¹³ En el caso del derecho a ser oído, el NNA no es un testigo al cual se puede interrogar acerca de los hechos del caso, sino que es un mecanismo para el ejercicio de su autonomía individual.

5.3 Derecho a ser oído directamente por el tribunal

En el caso en que se determine que las circunstancias particulares del NNA exigen que este sea escuchado directamente por el tribunal, el mecanismo que se utilizará es una audiencia que debe cumplir con ciertas particularidades, en función de las finalidades previamente identificadas.

Es necesario profundizar brevemente en la noción de audiencia, dado que tradicionalmente ha sido definida por ciertos sectores como el simple derecho de realizar peticiones a la autoridad de manera escrita, por ejemplo,

¹³ La distinción entre la participación del NNA según su calidad de testigo, víctima o interesado no es menor. El contexto de este capítulo se preocupa de la intervención del NNA como interesado, por tanto su derecho a ser oído es una garantía de participación con un fin específico, dar a conocer su parecer. Con todo, si en la práctica el derecho a ser oído del NNA se transforma en una prueba testimonial, esto generaría que las garantías judiciales de las otras partes de la contienda se activen, entre ellas el derecho a la defensa, el derecho a contrainterrogar, siendo muy difícil justificar la confidencialidad de la intervención del NNA, por ejemplo.

La distinción entre ambas formas de participación en la práctica del sistema judicial chileno ya ha generado problemas, por ejemplo, existiendo el hábito por parte de algunos jueces de solo escuchar al NNA en la audiencia de juicio y no antes o después, concibiéndolo como un trámite que solo ocurre una sola vez y en la audiencia de juicio, lo que es consistente con una concepción probatoria, pero no de garantía de participación. Para una discusión detallada sobre el problema véase Fuentes, C. y García, R. (2015), Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia, en *Revista de Derecho de Familia* n° 7, pp. 58-60.

mediante una demanda. En el presente caso, esta definición no es la correcta; la expresión audiencia debe ser entendida como una reunión en la que existe un contacto directo entre el juez y el NNA. Se trata entonces de un concepto que pone atención a la idea de intermediación y de acceso efectivo por parte del menor con el tribunal u otra entidad estatal que tome decisiones que lo afecten.

La idea de audiencia como reunión se desprende directamente de las palabras del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 12, cuando indica: “la persona que escuchará las opiniones del niño”, para posteriormente señalar que: “la experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral”. Ambas expresiones dan cuenta de un momento dentro del proceso en donde existe un contacto directo entre el juez y el NNA, produciéndose así una interacción/conversación entre ambos.

Es igualmente relevante recalcar que la audiencia debe ser entre el juez y el NNA. Si bien pueden estar presentes otras personas, ya sea para asesorar al tribunal en el proceso o para resguardar el interés superior del niño, debe contar con la presencia del tercero que tomará la decisión, no siendo posible que este (juez o entidad administrativa) delegue esta función en otra persona que posteriormente le informe. En este sentido, es importante distinguir dos situaciones.

La primera, dice relación con que el NNA sea escuchado por intermedio de un representante debido a su situación particular. La segunda situación, a la que aludimos en este momento, se refiere a que una vez tomada la decisión de que el NNA se expresará libre y directamente, sea el juez el que delegue la responsabilidad de escucharlo en un funcionario del tribunal o un especialista. A nuestro parecer, dicha situación no se encuentra permitida por la Convención y la Observación General N° 12. Esta última indica en su párrafo 42 que la audiencia debe garantizar al niño que el “adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar”. Posteriormente, en el párrafo 52 se sostiene que “toda legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar

decisiones...”. Se observa que no cualquier persona puede ser la encargada de escuchar al niño, sino que aquella que tomará la decisión en la cual el interés superior del niño es un parámetro a considerar.¹⁴ Esto supone el derecho del NNA a ser escuchado por la autoridad que determinará la vigencia y extensión de sus derechos.

Ahora bien, recordando las palabras del Comité referidas al trato procesal diferenciado al cual los NNA tienen derecho, es importante destacar que esta audiencia supone ciertos rasgos especiales. En este sentido, el legislador respectivo deberá tomar en cuenta estos requisitos, los cuales, como se verá, imponen exigencias no solo en materia de diseño procesal, sino que a nivel de infraestructura, capacitación, entre otros.

5.3.1 *Condiciones para el desarrollo de la audiencia*

Dado que el objetivo de la audiencia es asegurar que el niño pueda dar su parecer de manera libre, sin distorsiones y sin consecuencias adversas, es necesario que el legislador tome una serie de resguardos:

- a. *Condiciones materiales y de infraestructura:* La misma Observación General N° 12 establece que para prevenir que el NNA se enfrente a un entorno intimidatorio y hostil es necesario poner atención al diseño de las salas del tribunal, a la existencia de pantallas de protección visual y de áreas de espera separadas. El acento está en que

¹⁴ Lo opuesto ocurrió en un caso que fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en junio de 2012, en el cual una de las razones para impugnar la decisión fue que los NNA involucrados no habían sido escuchados. Respecto de este argumento la Corte razona de la siguiente manera: “En lo que atañe a la niña E.S., [7 años] ella sí fue escuchada por la psicóloga clínica (...), encargada de la psicoterapia de la menor, y cuyo informe actualizado al mes de febrero de 2012 fue legalmente incorporado en la audiencia de juicio por la parte demandada. La profesional mencionada, y al tenor de lo que exige la aludida Convención [sobre los derechos del niño], puede estimar como “un órgano apropiado” (...).”

Es importante notar que el análisis de dicha Corte es incorrecto, al realizar una lectura del derecho del NNA a ser oído restrictiva, no considerando –en su interpretación respecto de los alcances del derecho– que debe existir un contacto directo entre el NNA y la entidad que tomará la decisión, en este caso el juez de primera instancia y la Corte. Véase Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa Rol 247-2012, Sentencia de 18 de julio de 2012.

deben existir condiciones materiales que aseguren que el entorno físico en el cual el NNA se comunicará no supondrá un obstáculo para el ejercicio de su derecho a ser oído o que no será fuente de angustia o de efectos nocivos. Estas medidas o condiciones materiales no se encuentran definidas ni limitadas por la Convención. Con todo, en lo que no existe duda al momento de revisar la Observación General, es en el deber de prestar atención al contexto físico en el cual la audiencia se llevará a cabo, lo cual supone contar, al menos, con salas de audiencias especiales.

- b. *Adecuada capacitación.* Tal como se ha mencionado, la Observación General indica que es necesario que aquellos que participan en el proceso de escuchar al NNA tengan la debida capacitación. Es importante tener en consideración, a este respecto, que escuchar al NNA es una actividad compleja, que supone desafíos importantes para los jueces y los miembros del tribunal. Esta complejidad y la ausencia de entrenamiento pueden provocar que algunos jueces lleven a cabo la entrevista con el niño de manera intuitiva, sin mayor conciencia de los riesgos que esto conlleva o, por el contrario, que la misma complejidad de la entrevista se transforme en un desincentivo para los jueces, quienes, de esta manera, tenderían a evitar tener que escuchar al niño.¹⁵ Ambos escenarios se solucionan, en buena medida, con adecuada capacitación.

- c. *Preferencia por la reserva de la audiencia.* La extensión de las aseveraciones del Comité no son del todo claras en esta materia, pero sí existe una mínima claridad respecto de que la audiencia no debería ser pública. En general, la idea de publicidad de la audiencia se refiere a que esta no se desarrolla a “puertas abiertas”, es decir, que cualquier persona interesada pueda asistir. Por el contrario, es claro

¹⁵ Para una descripción detallada de las complejidades que los jueces de familia chilenos enfrentan al momento de entrevistar a niños, véase el estudio empírico realizado por Fuentes, C., “Los dilemas del juez de Familia”, en *Rev. chil. derecho* vol. 42 no.3, Santiago dic. 2015, pp. 950-952.

Para una reseña a nivel comparado de los problemas que el acto de escuchar a niños en el contexto de procedimientos judiciales conlleva, véase Fuentes, C. y García, R., Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia, *Ob. Cit.*, pp. 67-72.

que el Comité sostiene que esta audiencia debe ser a puerta cerrada, excluyendo a terceros ajenos a la causa.

Ahora bien, la Observación General N° 12 sostiene que la audiencia preferentemente “debe ser en condiciones de confidencialidad”. La expresión confidencialidad supone un concepto distinto a la reserva de la audiencia. Mientras la segunda pareciera entenderse como el opuesto a una audiencia pública, idea ya explicada, confidencialidad es un concepto que el Comité no precisa, pero que podría entenderse como una audiencia en la cual las partes no están presentes.

Existen importantes razones detrás de la idea de que la audiencia sea preferentemente confidencial: es posible pensar que un cara a cara directo entre el NNA y sus padres podría generar dos efectos problemáticos. En primer lugar, intimidar al niño, impidiéndole manifestar su genuino parecer. En segundo lugar, la observación directa de la audiencia reservada podría generar posteriores represalias o manipulaciones para con el NNA. Estos riesgos aconsejan que la audiencia sea preferentemente confidencial.

Se mencionó que no existe claridad respecto del alcance de la expresión confidencial, ya que no se sabe si esta impide que los padres puedan obtener acceso a los registros de audio o escritos de la audiencia de forma posterior a esta, por ejemplo, una vez finalizado el juicio o producida la sentencia.

Con todo, si se toma en consideración el lenguaje de la Observación, al referirse a que “es preferible” que la audiencia sea confidencial, esto supone que hay situaciones en las cuales esa preferencia puede ceder. Una de ellas puede ser que el mismo NNA renuncie a su derecho; o que, según las circunstancias particulares del caso, el juez determine en función de otras consideraciones que la audiencia puede ser observada por las partes; o que, eventualmente, para fines de fiscalización por parte de tribunales superiores, en algún momento del proceso el contenido de la audiencia sea liberado total o parcialmente.

- d. *Apariencia de seriedad.* Como se mencionó anteriormente, si bien la voluntad del niño no es vinculante para el tribunal, este debe

tenerla debidamente en cuenta. Una de las manifestaciones de esta exigencia se traduce en un deber de conducta y de trato por parte de la autoridad hacia el NNA. Así, la Observación General N° 12 señala: “El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar”. Este deber de trato supone que el juez, o el tercero en el procedimiento administrativo, tome con seriedad y solemnidad su rol de escuchar al NNA, dedicándole la misma atención y deferencia que a otras actividades de relevancia en el proceso. Esta exigencia apunta a que el niño perciba, como cualquier otro usuario del sistema de justicia, que la autoridad que tomará la decisión le dará la debida consideración a su parecer.

5.4 El ejercicio del derecho a ser oído mediante un representante

Antes de referirnos a este punto debemos aclarar lo siguiente. Cuando al niño se le designa un representante, este conserva su derecho de emitir su opinión directamente ante el juez, si es que así lo desea. En este sentido, el rol del representante es más amplio, ya que busca ayudarlo a defender sus intereses cuando exista conflicto con otras partes del juicio.

Ahora bien, respecto de la comunicación por parte del NNA con el juez a través de un representante, hay dos tópicos que deben ser considerados por el legislador a efectos de resguardar sus derechos y respetar la Convención.

El primero de estos tópicos dice relación con exigencias generales a satisfacer por parte de quienes actúen como representantes del niño: la ausencia de conflictos de interés y la existencia de ciertas destrezas mínimas.

Una lectura de la Observación General N° 12 en esta materia permite ver que no existe un listado limitado de quiénes pueden desempeñar el rol de representantes del niño, ni una determinada preferencia por una cierta

modalidad de representación. El acento, en cambio, está puesto en la ausencia de conflictos de interés por parte del representante, preocupación que se manifiesta en los párrafos 36 y 37 de manera bastante clara.

Así, en el párrafo 36, cuando se menciona que los padres pueden actuar como representantes del niño, señala: “Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos hay riesgo de conflicto de interés entre el niño y su representante más obvio (progenitor/es)”. Posteriormente, en el párrafo 37 se vuelve a indicar: “El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los interés del niño y no los intereses de otras personas”, finalizando con una exigencia general de desarrollar códigos de ética especialmente diseñados para aquellos que representen la opinión de los niños.

La prevención que realiza el Comité se vincula con la idea mencionada previamente, de asegurar la efectiva comunicación al tribunal sobre el genuino parecer del niño. Es decir, en esta materia en particular, el riesgo de conflicto de interés que preocupa al Comité se refiere a que los auténticos deseos del niño no lleguen al tribunal o sean distorsionados debido a que no se acomodan al interés del representante. En este caso, el conflicto de interés supone que lo que busca o estima razonable el representante no es lo mismo que aquello que el NNA desea, y que se manifiesta mediante la distorsión en la información que el primero entrega al tribunal a nombre del segundo.

El segundo requisito general que plantea la Observación se refiere a que el representante debe contar con cierto conocimiento y experiencia mínimos. Esto lo indica el Comité explícitamente al finalizar el párrafo 36, señalando que el representante debe conocer el proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños. Esto supone la existencia de una cierta capacitación en la materia.

Una lectura sistemática nos debería llevar a que, en la práctica, sea muy difícil que el representante del niño sea su progenitor debido a que solo en casos excepcionales podrá satisfacer estas exigencias de conocimiento, experiencia y de no presentar conflictos de interés. Por el contrario, parece más probable que sean un asistente social o un abogado las figuras que posiblemente

cumplirán con estos requisitos de conocimiento especializado y experiencia trabajando con niños.

El segundo tópico de relevancia en esta materia se refiere a la configuración mediante la cual el NNA será representando, esto es, la existencia de un abogado del niño o un abogado del interés superior. Como se sabe, el primero de ellos supone la existencia de un abogado cuya función es representar los intereses del niño de manera similar a los deberes éticos que tiene para con un cliente adulto, incluyendo la capacidad del menor de darle instrucciones a dicho letrado. El segundo modelo, más bien es un representante del interés superior, es decir, su función responde a asistir a la Corte en el proceso de determinar cuál es este interés en el caso concreto, alejándose de la noción más tradicional del rol del letrado, aunque también es una de sus funciones el constituirse en la voz del niño en el proceso.

Para los fines de este documento, el acento no está en cuál de estos arreglos es mejor. De hecho, la misma CDN y la Observación General N° 12 no se pronuncian en esta materia, siendo decisión del Estado definir qué modelo operará. Lo relevante, sin embargo, pasa por asegurar que en ambos escenarios la figura garantice que el genuino parecer del NNA llegará al tribunal.

A este respecto, no parece haber dudas de que la figura del abogado del niño garantiza de manera más clara que los deseos del NNA serán adecuadamente transmitidos al tribunal y, en este sentido, basta que este dé la orden a su abogado. Donde no existe claridad es en la figura del abogado del interés superior. En este último caso, al no tener la obligación de ser leal a los deseos del NNA, existe desconocimiento acerca de cómo ese abogado manejará la situación en la cual la voluntad del niño se contrapone a sus propias estimaciones respecto del interés superior. En dicha hipótesis, este conflicto se traduce en si el transmitir al tribunal la voluntad del niño podría ir en contra de su interés superior.

Es nuestra opinión que, en este caso particular de conflicto del interés superior y de la voluntad del niño, deba prevalecer esta última. Esto se desprende de la misma Observación General N° 12 cuando indica: “Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma

importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de tomar decisiones”. Esta exigencia se encuentra en el párrafo 36 de la Observación, el cual no distingue entre distintos tipos de representante y, más bien, se refiere a las exigencias generales que todo representante debe cumplir. Asimismo, este deber de transmitir adecuadamente la opinión del NNA no obsta a que el mismo curador pueda, una vez comunicada la voluntad del niño, dar su parecer al respecto, cualificar la opinión o incluso ir en contra de esta. No obstante, es fundamental que las agencias estatales que representen a los niños en este tipo de procedimientos, tengan absoluta claridad respecto de esta obligación.

Un último tópico que debe ser tratado en esta materia dice relación con las exigencias específicas que los abogados del niño o del interés superior deben satisfacer a efectos de evitar conflictos de interés. En primer lugar, y tal como indica la Observación General, debe existir absoluta claridad de que el único interés que ellos representan es el del niño. Definiciones institucionales, en donde se es representante del niño e igualmente representante del orden público, de la sociedad, de la familia, etc. sugieren un posible conflicto de interés en el caso particular.

Esta claridad en la definición de cuál es el interés exclusivo que deben defender, implica ir más allá de una mera declaración de buenas intenciones y debe tener un correlato en la realidad. Por ejemplo, no es inusual que aquellos que se desempeñan como representantes del niño trabajen para instituciones que tienen una agenda propia y esta agenda institucional puede colisionar con proteger el interés del niño. Asimismo, la existencia de abogados cuya práctica profesional supone llevar causas particulares y ser representantes de los NNA, puede conducir igualmente a la existencia de conflictos de interés, en donde el abogado no se opone a ciertas medidas determinadas por el tribunal que van en contra de los deseos del niño, porque tiene otras causas particulares con el mismo juez.

Deben existir los arreglos institucionales para que estos conflictos de interés no se materialicen, por ejemplo, exigiendo a los abogados que tienen causas particulares y que son representantes del niño, que se abstengan de asumir esta representación en aquellos tribunales donde tienen sus propios

procesos; o que la representación del niño suponga que, por cierto tiempo, no puede asumir causas frente al mismo tribunal que está conociendo del caso en que es curador. Lo importante es que el legislador contemple reglas claras que establezcan limitaciones a los abogados que representan a los niños, a fin de evitar que estos se vean expuestos a un potencial conflicto de interés.

6. EXIGENCIAS QUE ASEGURAN LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A SER OÍDO

El derecho a ser oído presenta exigencias a los Estados que van más allá de la existencia de oportunidades y medios procesales. Estas exigencias son el correlato procesal del deber de los jueces de tomar debidamente en consideración las opiniones del niño, evitando que el derecho a ser oído se vuelva algo irrelevante o una mera formalidad para el tribunal. Al respecto, una lectura de la Observación General N° 12 y la jurisprudencia de tribunales internacionales dan cuenta de que se trata de diversas medidas. Estas exigencias y medios de fiscalización deben ser recogidos por la regulación procesal respectiva.

6.1 Deberes de comunicación

El párrafo 45 de la Observación establece deberes de comunicación que el juez debe cumplir para con el niño. Estos deberes se traducen en la entrega de dos piezas de información. En primer lugar, en informarle al niño los resultados del proceso, esto es, explicar la decisión a la cual se llegó en el caso particular y de qué manera esta afecta sus derechos o impacta en su situación. En segundo lugar, en explicar al NNA de qué manera sus opiniones fueron consideradas.

Respecto de estos deberes de comunicación, ni la Convención, ni la Observación General son explícitas al indicar a través de qué medios o instancias estos deben llevarse a cabo, con todo, parecen existir al menos dos mecanismos disponibles: una audiencia especial y el fallo.

En una audiencia especial, que debería tener lugar de manera paralela o posterior a la emisión del fallo, el NNA volverá a dialogar con el juez y en ella este último deberá informarle las razones que tuvo para pronunciarlo, en un lenguaje que el NNA pueda comprender. Proceder mediante esta audiencia puede tener sentido en diversas hipótesis como, por ejemplo, cuando el NNA no tenga la capacidad de leer o la lectura de la sentencia no le permita comprender las razones del tribunal para valorar de tal manera su opinión. También proceder a través de esta audiencia es apropiado si es que el NNA ya ha solicitado al tribunal la máxima confidencialidad acerca de su declaración en el proceso, evitando el tribunal tener que explayarse en detalle en el fallo.

Es importante recalcar que la decisión debe ser comunicada directamente por el juez al niño, no siendo posible que sea delegada. Esto se vincula con la apariencia de seriedad que la audiencia exige y a la cual se aludió antes. No parece ser posible que el NNA se forme la idea de que sus opiniones fueron debidamente consideradas y respetadas si la persona que decidió no se toma siquiera el tiempo de explicarle directamente las razones que tuvo para fallar en tal sentido. Proceder mediante esta segunda audiencia especial no supone que el juez puede omitir en el fallo todo razonamiento respecto de la voluntad del niño en esta materia, como se verá más adelante.

Ahora bien, puede considerarse igualmente al NNA como un destinatario más del fallo, por lo que podría usarse este medio para satisfacer los requerimientos de la Observación General en esta materia. Nuevamente el juez deberá tomar en consideración las circunstancias particulares del niño, para lo cual debe tener presentes las propias limitaciones que una sentencia judicial presenta. Los fallos judiciales tienden, por aspectos de cultura legal, a estar escritos en un lenguaje muy técnico, a ser extensos, ponderando una serie de variables, una de las cuales es la voluntad del NNA. Si los jueces desean cumplir con estos deberes de comunicación mediante una sentencia, es importante tomar en cuenta las limitaciones y necesidades del NNA como destinatario, lo que implicaría ser breve, simple, que la estructura identifique claramente la intervención del niño y las razones por las cuales el tribunal las consideró o dejó de hacerlo, entre otras medidas.

6.2 Carga argumentativa

Con independencia de la forma mediante la cual la autoridad comunique al NNA su decisión y el peso que su voluntad tuvo en el fallo, existe igualmente la necesidad de que en este dictamen el tribunal se refiera a la valoración de la participación del niño, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala*.

En dicho caso, la Corte condenó al Estado de Chile señalando: “La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad (...) Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas en el proceso de tuición(...)”.¹⁶

De lo anotado se desprende que la carga argumentativa exige dos actividades específicas por parte del juez: explicar de qué manera evaluó las declaraciones y preferencias de las niñas y, posteriormente razonar sobre la relevancia de dichas opiniones. Como se puede observar, se trata de una carga argumentativa no menor, en donde la mera mención de que el niño fue escuchado no es suficiente. Asimismo, no parece ser suficiente el uso de argumentos genéricos aludiendo al interés superior u otros criterios abstractos de valoración, sino que se trata de un razonamiento concreto, vinculado a las circunstancias particulares de los NNA involucrados.

El juez debe dar cuenta de la forma en cómo evaluó los deseos del niño mediante referencias específicas a los parámetros utilizados, el tipo de contacto y el contexto en que se reunió con él. Asimismo, la argumentación de

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, Ob. Cit., párr. 208.

porqué fue en un sentido opuesto a los deseos de los NNA debe ser concreta (“De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o niña”), proveyendo argumentos específicos basados en la situación particular del NNA, ya que en la práctica tiene que vencer una presunción a favor de la voluntad del niño, presunción que a medida que el niño es mayor va adquiriendo más fuerza en virtud de su mismo desarrollo progresivo.¹⁷

6.3 Derecho a impugnar

El último mecanismo de fiscalización respecto de la vigencia de este derecho consiste en el derecho que el niño tiene de recurrir a la decisión del tribunal. Respecto de esta materia, la Observación General N° 12 no es muy específica, no obstante, pueden identificarse dos hipótesis que justificarían la interposición de un recurso u otra vía de impugnación: cuando el niño quiso ser escuchado y no lo fue y, cuando el niño estima que su declaración fue una mera formalidad, indebidamente considerada por el tribunal.

La primera hipótesis se desprende de la Observación, que se refiere explícitamente a la vulneración del derecho a ser oído y su vinculación a los procedimientos judiciales y administrativos. Una lectura conjunta del párrafo 46 y 47, presenta la hipótesis de que el niño da cuenta de escenarios en donde su derecho fue pasado por alto y violado. En el caso de los procedimientos judiciales o administrativos, la posibilidad de ser violado el derecho pasa por no haber contado con la oportunidad de ser escuchado debido a que el proceso no lo contemplaba, el juez se rehusó a oírlo a pesar de que el procedimiento contemplaba la posibilidad o, existiendo la regulación y la posibilidad, en el caso particular se tomó la decisión sin haberlo escuchado, tal como ocurrió en el caso Furlan previamente citado. Se trata entonces de escenarios en donde el derecho no pudo ejercerse.

La segunda hipótesis se refiere a un problema diverso. En el párrafo 45 se contempla el deber de comunicación previamente desarrollado, el cual

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Ob. Cit., párr. 207 y 208.

cumple diversas funciones, entre ellas, proveer información para que el niño insista en su voluntad, oponiéndose a las razones otorgadas por el tribunal. Aquí el escenario es de discrepancia acerca de la decisión del juez o de la autoridad respecto de escucharlo directamente y no a través de terceros, o, lo más probable, que el juez se apartó de su voluntad, haciendo una ponderación del interés superior que el NNA no comparte.

En ambos escenarios es necesario que el diseño procesal contemple explícitamente vías de impugnación y las condiciones necesarias para su ejercicio. La primera de estas condiciones es exigida manifiestamente por la Observación General y se refiere al deber de comunicación. Si no es posible que el NNA conozca las razones del tribunal, resulta imposible que pueda recurrir o impugnar la decisión.

Si bien la CDN no se pronuncia directamente sobre la materia, parece fundamental que los registros de la audiencia en que la decisión fue comunicada al NNA se encuentren disponibles para este, su representante y para el tribunal superior, de lo contrario no será posible examinar la decisión del tribunal.

Un tercer requisito resulta de la vinculación de este derecho con la premisa general de la Convención referida al trato especial que el sistema procesal debe dar a los NNA. Establecer vías de impugnaciones complejas procesalmente, que requieran de abogado y que supongan una carga argumentativa sofisticada, serían atentatorias a este derecho. Por el contrario, debe tratarse de mecanismos de impugnación que puedan ser gatillados de forma sencilla y rápida y obviamente no solo por la demandante y el demandado, sino que por el mismo NNA.

Por ejemplo, en el contexto de la audiencia en la cual al NNA se le comunica la decisión, debería contemplarse que, una vez que el juez comunique la decisión al niño, deba preguntarle si desea que la decisión sea revisada por otro tribunal, ante lo cual la sola respuesta afirmativa del NNA será suficiente. Con todo, no debería tratarse de una única oportunidad, sino que permitirse que este, en un cierto lapso de tiempo, pueda cambiar de parecer y ejercer el derecho.

7. CONCLUSIONES

En el evento de una futura reforma constitucional, es fundamental que el poder constituyente y el legislador tengan completa claridad acerca de las exigencias que el derecho a ser oído conlleva. El objetivo del presente documento ha sido contribuir a dicha claridad, buscando desarrollar con detalle cuáles son estas exigencias.

Cualquier análisis acerca del derecho a ser oído, en un contexto general o específico, debe partir por entender la estrecha relación entre este y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Lo cierto es que no es posible determinar de manera adecuada en qué consiste dicho interés en un caso particular, sin haber escuchado a los niños respecto de los cuales una decisión será tomada. Esta exigencia es lógica y plenamente consistente con el cambio de un enfoque paternalista a uno de sujeto de derechos, en que se concibe a los NNA como sujetos autónomos y cuya autonomía, a medida que estos adquieren un mayor desarrollo, debe ser respetada con mayor intensidad por la sociedad y las instituciones.

Ahora bien, la manifestación más elemental de esta autonomía consiste en la facultad de participar en todas aquellas instancias en donde decisiones acerca de su futuro y sus relaciones sean tomadas, y la forma más básica de participación consiste en tener la posibilidad de ser oído por la autoridad, a efectos de dar a conocer su posición en la materia.

El presente documento solo desarrolla con mayor nivel de detalle una de las manifestaciones del derecho a ser oído, aquella consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 numeral 2. En este contexto, el derecho está revestido de una serie de exigencias no solo para las autoridades estatales, sino que también impone una serie de requerimientos para el legislador, quien debe poner especial atención en el diseño y posterior implementación de aquellos procedimientos utilizados por las autoridades.

Todos los procedimientos diseñados e implementados por el Estado deben partir de la base de que es el NNA quien decide si será o no oído. Esto implica aceptar que no se trata de una decisión de conveniencia por parte de

los tribunales, sino que el ejercicio de un derecho, cuya manifestación más elemental es la decisión de ejercerlo o no.

Si el NNA decide ejercer dicho derecho, debe darse especial relevancia a la decisión del mismo acerca de ser escuchado directamente por el tribunal o mediante un representante. Nuevamente, esta no es una decisión de conveniencia por parte de las autoridades, sino que el ejercicio de un derecho, el cual solo puede ser limitado en función de dos parámetros: el nivel de desarrollo que el NNA tiene al momento de tomarse la decisión y/o las potenciales contradicciones entre el ejercicio del derecho y el mismo interés superior del niño. Fuera de estas consideraciones, las autoridades tienen el deber de escuchar directamente, sin intermediarios, la opinión que el niño tiene sobre la materia objeto de decisión.

El derecho del niño a ser oído en procedimientos judiciales o administrativos exige que dichos procedimientos contemplen oportunidades en las cuales el niño pueda, sin formalidades ni barreras, solicitar al tribunal ser escuchado. Para ejercer este derecho deben contemplarse dispositivos o mecanismos que tomen en cuenta las diversas situaciones en las que se encuentran los NNA y les den el tratamiento procesal o extraprocesal adecuado a fin de poder comunicar su genuino parecer al tribunal, sin riesgo a su integridad psíquica, física o familiar. El procedimiento debe asegurar que la autoridad trate a los niños con seriedad y respeto, comunicándoles con palabras y con actos que consideren detenidamente su parecer; además de establecer mecanismos que permitan fiscalizar el cumplimiento de este derecho, es decir, considerando la necesidad de comunicar directamente al NNA la decisión que fue tomada y el peso que se dio a su voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Barcia, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Editorial Thomson Reuters.

- Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de justicia, CCPR/C/21.
- Comité de los Derechos del Niño (2009), Observación General N° 12.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.
- Couso, Jaime (2006). “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del niño*, números tres y cuatro, UDP y UNICEF.
- Freeman, Michael (1997). “Taking children’s rights more seriously”, *The moral status of children*, La Haya.
- Fuentes, Claudio y García, Ramón (2015). “Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia”, *Revista de Derecho de Familia* n° 7.
- Fuentes, Claudio (2015). “Los dilemas del juez de Familia”, *Rev. chil. Derecho* vol. 42, no.3. Santiago, diciembre de 2015.
- García Pastor, Milagros (2014), “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales”, citado por Roda, Dionisio, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- Garzón, Ernesto (1988). “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 5, Alicante (versión electrónica en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf).
- Malaurie, Philippe y Aynes, Laurent (2006). *La Famille*, 2° Edición, Editorial Defrenois.
- McCormick, Niel (1990). “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, *Derecho legal y socialdemocracia*, (traducción de González Soler), Madrid.
- Vargas, Macarena y Correa, Paula (2011). “La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile”, *Ius et Praxis*, año 17 N° 1.
- Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina (2001). *La Filiación en el nuevo Derecho de Familia*, Editorial Cono Sur Lexis Nexis Chile.
- Weinberg, Inés M. (2002). *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni Editores.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa Rol 247-2012, Sentencia de 18 de julio de 2012.

Domingo A. Lovera Parmo

**Ciudadanía constitucional
de niños, niñas y adolescentes**

Domingo A. Lovera Parmo*

Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes

RESUMEN

La ciudadanía, esto es, la participación en la definición de los asuntos comunes, se ha entendido estrecha y tradicionalmente desde su versión legal. Dicha comprensión impacta negativamente la agencia política de niños, niñas y adolescentes, toda vez que la mayoría de edad se transforma en condición habilitante de participación. El presente trabajo avanza en la comprensión política de la ciudadanía a partir del ejercicio de derechos constitucionales. Mirando la participación política a través del ejercicio de derechos, la ciudadanía avanza desde su entendimiento legal a uno político y democrático, que incluye la intervención autónoma de las y los adolescentes.

Palabras clave: *ciudadanía, participación política, derechos constitucionales, adolescentes.*

1. INTRODUCCIÓN

La idea de participación política, esto es, grosso modo, la intervención en la determinación de los asuntos comunes, ha estado conceptualmente vinculada al mundo adulto. Ello obedece tanto a razones de orden cultural

* Profesor asistente, Universidad Diego Portales. Quiero agradecer los comentarios que Nicolás Espejo, Francisco Estrada y Viviane Lennon hicieron a una versión preliminar de este trabajo. Del mismo modo, agradezco los comentarios que se me formularan en el Ciclo de conversaciones Derecho y Democracia, en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor (27 de julio de 2015), especialmente a Leonardo Cofré, que entonces presentó este trabajo; en el V Congreso de Derecho y Cambio Social, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral, Valdivia (24-5 de septiembre de 2015); y en las XLV Jornadas Chilenas de Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso (22-3 de octubre de 2015).

y social –un mundo adulto poco proclive a abrirse a la voz de niños, niñas y adolescentes– como a la comprensión política y constitucional de los sujetos políticos y los espacios de participación. En efecto, el paradigma de esta comprensión se construye sobre la base de asumir que la participación política está reservada solo a los adultos y que dicha intervención se realiza por medio del derecho a sufragio y del recurso a los canales formales (institucionales) de participación. Este trabajo indaga sobre esta última variable, la constitucional, y para someterlo a escrutinio crítico.

En este trabajo se argumenta que, fuera de los mecanismos tradicionales de participación, existen otras formas de intervención en la determinación de los asuntos comunes que descansan en el ejercicio de derechos constitucionales distintos al sufragio (sin que este pierda el valor central que posee)¹. Lo que este trabajo sostiene es que el ejercicio de derechos constitucionales –en especial, aunque no exclusivamente, la libertad de expresión y el derecho de reunión– amplía el concepto de ciudadanía más allá de la forma en que legalmente se la reconoce. Ello permite la democratización² de ciertas áreas antes excluidas de la discusión pública, de una parte, y la apertura a nuevos actores, como niños, niñas y adolescentes, de otra, que de este modo son incluidos dentro de la comunidad política.

En otras palabras, mientras la ciudadanía legal, que habilita –por medio del sufragio– a la intervención formal, se encuentra reservada a los mayores de edad, la ciudadanía constitucional de la infancia se abre a aceptar otras formas de participación y nuevos actores cuya agencia política es así reconocida. Estas otras formas de participación, que pueden ser tanto formales como informales, reposan sobre la idea de niños, niñas y adolescentes que son titulares de derechos constitucionales que pueden ejercer con auto-

¹ Este trabajo, en consecuencia, no discurre sobre la extensión del voto a niños y niñas menores de 18 años –lo que se comparte–, sino que sobre formas de participación políticas diferentes (y complementarias, si se quiere). En algún sentido, entonces, la autonomía en la determinación de la participación busca advertir sobre la necesidad de pensar formas participativas distintas a las tradicionales. En palabras de Wall (2011, p. 87), no se trata simplemente de extender los privilegios del mundo adulto a la infancia, Sobre la extensión del derecho a sufragio a personas niños y niñas menores de 18 años, puede consultarse Marshall (2016).

² Por democratización entiendo acá la apertura deliberativa a considerar significativamente las opiniones de aquellos y aquellas sobre las que se aplicará una decisión.

mía (progresiva). Como se advertirá, la que acá se denomina *ciudadanía constitucional de la infancia* es solo el primer paso hacia la inclusión significativa de niños, niñas y adolescentes. Ello porque la concepción política sobre la que esta se erige, una que concibe a niños, niñas y adolescentes como seres humanos con igual dignidad, debe llevarnos a repensar los espacios de participación que se les reconocen a la infancia para que ella misma pueda desarrollar sus propias formas participativas.

Para sostener lo anterior, el plan es el que sigue. En primer lugar, comenzaré afirmando que (2) la forma en que la ciudadanía legal –pensada especialmente para intervenciones esporádicas (votaciones y, muy de vez en cuando, plebiscitos) y los negocios (la capacidad legal)– se robustece, esto es, permite avanzar hacia una democracia más inclusiva, es cuando se la lee a la luz del ejercicio de derechos constitucionales. En este contexto, como explicaré, los derechos tampoco agotan la ciudadanía constitucional, sino que contribuyen a hacerla posible. Luego, (3) justificaré que niños, niñas y adolescentes se encuentran facultados para ejercer dichos derechos de forma autónoma, contando, así, con un espacio abierto a la participación democrática que se define a partir *de ellas y ellos mismos*. En la última sección, y a propósito de las conclusiones, (4) se advierte que el reconocimiento de derechos constitucionales, en conjunto con la apertura al ejercicio autónomo de esos derechos por niños, niñas y adolescentes, no es suficiente en contextos políticos, sociales y legales colonizados por el mundo adulto.

2. DE LA CIUDADANÍA LEGAL A LA CIUDADANÍA CONSTITUCIONAL

Si la ciudadanía designa el criterio de pertenencia a una comunidad política, pertenencia que habilita a participar en condiciones de igualdad con los demás pares “en la toma de decisiones colectivas que regulan la vida social” (Bellamy, 2008, p. 1), entonces la situación de la infancia y la adolescencia es una de exclusión. El paradigma tradicional de participación política mira a niños, niñas y adolescentes como sujetos que se encuentran fuera de la comunidad política y que, por lo mismo, juegan un rol marginal, ni siquiera secundario, en nuestra vida política. En rigor, no se los concibe

como sujetos políticos en lo absoluto. Ese paradigma –que este trabajo se propone enfrentar– se construye, principalmente, sobre la base de tres ejes en que se evalúa el grado de incorporación de niños, niñas y adolescentes en las avenidas tradicionales de participación, sobre la base de *un* modelo de sujeto político y al amparo de una forma particular de intervención en los asuntos públicos.³

En primer lugar, niños, niñas y adolescentes son minimizados en tanto sujetos políticos porque no suelen tomar parte –desde luego no por falta de voluntad– en la actividad de los mecanismos formales, tradicionales e institucionales de participación. Esos espacios han sido diseñados por, y reservados para, los adultos. En segundo lugar, el modelo de sujeto político que interviene en esos espacios se ha construido teniendo a la vista un tipo particular de sujeto político: hombres y más o menos iguales en capacidad y “productividad económica” (Nussbaum, 2007, p. 14).⁴ En tercer lugar, el paradigma tradicional asume ciertas formas de participación que se presentan como una necesidad institucional (Unger, 1996, pp. 2-6). Esto gatilla una nueva desventaja para la ciudadanía infantil: la resistencia a incluir formas de intervención y poder distintas de las que el mundo adulto ha diseñado pensando en sí y que, en el mejor de los casos, se abre solamente a oír las voces de niños, niñas y adolescentes sin jamás compartir, en verdad, el ejercicio del poder (Wall, 2011, pp. 87-9).

Por ello es que, para desmontar un modelo de ciudadanía anclado en la mayoría de edad, en las intervenciones formales y en el contexto de ciertos espacios de participación frente a los que se reflexiona de manera poco crítica, esta sección avanza en la forma en que es posible comenzar a ampliar la concepción de sujeto político, argumentando que el recurso a derechos constitucionales permite abrir la ventana a la exploración de formas no tradicionales de participación. Que estas sean formas no tradicionales dice

³ La ciudadanía, insiste Bellamy (2008, pp. 1-2), ha ido de la mano con la participación política “en alguna forma de democracia –especialmente, el derecho a sufragio”.

⁴ Este vínculo entre la ciudadanía legal y la capacidad legal/contractual no es antojadizo. En efecto, el paradigma tradicional de ciudadanía –en tanto confiere un derecho a intervenir en los asuntos públicos– arrancó de la capacidad económica de las personas luego reconocidas como ciudadanos y ciudadanas. Como es fácil advertir, ello solo hizo las cosas más difíciles para la inclusión de la infancia (Jans, 2004, p. 33).

relación, como se dirá, no solo con la apertura a nuevas formas participativas, sino que, también, con la adecuación de las ya existentes.

2.1 Ciudadanía legal

La lectura tradicional de la Constitución suele enfatizar que esta habría dejado pocos espacios para la participación de la comunidad por medios diversos al sufragio.⁵ Lo anterior, al alojar la soberanía nacional en la nación y al escindir su ejercicio entre las autoridades constitucionales, quienes la ejercen de forma permanente, y el pueblo, que interviene esporádicamente.⁶ Así, en el inc. 1º del artículo 5º de la Constitución se lee:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.

La lectura tradicional del precepto transcrito, entonces, enfatiza un rol secundario e intermitente para el pueblo o, para ser más precisos, para una parte de él: aquellos miembros de la comunidad que tienen acceso a los derechos políticos una vez que cumplen con los requisitos constitucionales definidos para ello (Urzúa, 1991, pp. 98-9). Para la lectura tradicional del artículo 5º, la voz “el pueblo” es equivalente a las electoras y los electores.⁷

⁵ Esta lectura, no obstante sus referencias al texto constitucional, en rigor prescinde del mismo. Se trata, en el fondo, de una determinada forma de entender la democracia representativa a partir de la que, luego, se leen las demás cláusulas constitucionales –incluidas las de derechos. Desde luego que no se trata solo de una cuestión de lecturas; una Constitución que reconoce dentro de sus principios fundamentales la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes impactará, probablemente, el reconocimiento de titularidad y autonomía en el ejercicio de derechos por parte de esos mismos niños, niñas y adolescentes.

⁶ Para Jaime Guzmán la discusión entre soberanía popular y nacional era irrelevante. En sus palabras, “inclusive dentro de la teoría del derecho político, en razón de que la soberanía ha sido perfilada como una cualidad del Estado cuyo ejercicio compete a las autoridades estatales establecidas en la Constitución” (Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, 1978, p. 826). Sobre la visión de Guzmán al respecto, Cristi, 2000, pp. 151-2.

⁷ Esta es, como se sabe, la tesis que se impuso en las discusiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución –nombre que recibió la comisión que tuvo a su cargo la elaboración del borrador de la Constitución de 1980. Sus miembros fueron designados por la junta militar, misma

Esta forma de comprender al pueblo (como un cúmulo de votantes) impacta directamente la estrecha concepción de la ciudadanía, la que se construye, así, a partir de las reglas legales que la conforman. En este sentido, solo cumpliendo los requisitos constitucionales (pero legales) es que una persona queda habilitada para tomar parte en las decisiones colectivas. En efecto, la ciudadanía, bajo esta misma estrecha concepción, suele conceptualizarse como un “estatus jurídico” que concede ciertos derechos y obligaciones relacionados a la dirección de los asuntos públicos (Ribera, 2005; Lister, 2008, p. 9). Por ello es que la ciudadanía no se siente, no se construye, no se ejerce, ni se forma parte de ella; la ciudadanía se adquiere, únicamente, cumpliendo los requisitos establecidos en una ley, reduciéndose al ejercicio de derechos (en especial al sufragio) que ella misma confiere.

¿Cuáles son los requisitos legales? De conformidad al artículo 12 de la Constitución, para ser ciudadano se requiere (i) ser chileno, (ii) mayor de 18 años y (iii) no haber sido condenado a pena aflictiva. La ciudadanía legal, como resulta fácil advertirlo, deja fuera de su comprensión a las y los adolescentes.⁸ Ellos y ellas, por definición legal, carecen de injerencia en los asuntos comunes y quedan al margen del ejercicio de los derechos políticos. Esos derechos son detallados en el artículo 13 de la Constitución: (i) derecho a sufragar en elecciones populares y plebiscitos, (ii) derecho a optar a cargos de elección popular y (iii) a ejercer otros derechos que la Constitución o las leyes prevean, y para cuyo ejercicio se requiera la calidad (legal) de ciudadano.⁹

que, finalmente, revisó el borrador propuesto. En ella se sostuvo –recogiendo la idea de Jaime Guzmán– que el titular de la soberanía sería la nación, “expresión... que [se] considera mucho más amplia y profunda que ‘el pueblo’, puesto que la nación corresponde a un cuerpo moral bastante más extenso que el cuerpo elector” (Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, 1978, p. 826).

⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 20.11.89), como se sabe, establece que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁹ Así, el art. 18 de la Ley de Partidos Políticos (18.603, D.Of. 23.03.1987), por ejemplo, dispone que para poder afiliarse a un partido político se requiere ser “ciudadano inscrito en los registros electorales”.

La ciudadanía legal, que fija su umbral en los 18 años, impacta, también, la capacidad legal de las personas.¹⁰ En efecto, dicha capacidad se ha entendido como “la aptitud legal de las personas para adquirir y ejercitar por sí mismas los derechos civiles” (León, 1991, p. 231). Las reglas del Código Civil, así, distinguen entre la capacidad para adquirir o gozar derechos y la capacidad para ejercerlos. Mientras la capacidad para ser titular de derechos se extiende a todas las personas –se trata, mal que mal, de “uno de los atributos de la personalidad” (León, 1991, p. 231)–, no ocurre lo mismo con la capacidad de ejercicio. Esta última se define como la capacidad de las personas para obligarse y ejercitar derechos por sí mismas (art. 1.445 inc. 2º del Código Civil) y se encuentra limitada solo para ciertas personas. La edad, la salud mental y la capacidad de discernimiento, indica la doctrina (León, 1991, p. 233), son los factores conforme a los cuales se construyen algunas hipótesis de incapacidad. Entre otras personas, son absolutamente incapaces los niños menores de 14 y las niñas menores de 12 años. ¿La razón? Se trata de personas “que moral o físicamente no están en situación de tener una voluntad consciente y declararla” (Barros, 1991, p. 40) o “carecen de juicio suficiente por falta de desarrollo mental” (León, 1991, p. 238). Los niños mayores de 14 años y las niñas mayores de 12 años, por su parte, son calificados como incapaces relativos –sus actos pueden tener algún valor legal– en razón de su edad. En palabras de Avelino León, personas que “por su edad no están en concepto de la ley en la plenitud de su formación intelectual” (León, 1991, p. 233).¹¹

2.2 Ciudadanía legal y exclusión (por inclusión)

Esta forma de entender la ciudadanía y capacidad, como estatus legales que se confieren al (y desde) mundo adulto, no solo excluye a la infancia en razón de las propias condiciones de acceso a ella (la mayoría de edad). Esta

¹⁰ Desde luego, no desde un punto de vista cronológico –el Código Civil data de 1955–, sino que, lo que se afirma es que las personas menores de 18 años, quienes no pueden convertirse en ciudadanos legales, tampoco poseen capacidad (o la tienen limitada) para intervenir en el mundo de los negocios.

¹¹ Sin perjuicio de las disposiciones del art. 2.319 inc. 2º del Código Civil: “Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

impacta, además, los prospectos de extensión de la ciudadanía para niños, niñas y adolescentes, los que siguen girando en torno a los tres ejes antes identificados al abordar el paradigma tradicional. En efecto, parte importante de la discusión relativa a la reconceptualización de la ciudadanía, de modo de hacerla más abierta a la infancia, deambula en torno a formas de inclusión que asumen de manera poco crítica las formas de participación pensadas y vividas *por y para* el mundo adulto.

Como acertadamente afirma Cockburn (2013, p. 11), casi toda la discusión en este sentido se centra (aunque sea para intentar rebatir o matizar) en las “carencias” o “déficits” que niños, niñas y adolescentes “sufren”, “en comparación con los adultos”. Se trata de un enfoque que asume que niños, niñas y adolescentes son individuos que están “por llegar a ser humanos” y que, en consecuencia, son tratados como “actores pasivos, que carecen de agencia, débiles, vulnerables, y con necesidad de protección” (Peleg, 2013, p. 526). De modo que el adulto –y solo algunos de ellos–, sus formas de participación y sus instituciones, son los parámetros inamovibles que, en el mejor de los casos, esto es, cuando la adultez evalúa positivamente las capacidades y competencia de niños, niñas y adolescentes, terminan abriéndose a la inclusión inadecuada de la infancia (Milne, 2005, p. 35).

Los riesgos de esta aproximación son evidentes. Los modelos unilaterales de participación, aquellos que suponen la extensión a la infancia de formas de participación política diseñadas por y para adultos, pierden de vista la especificidad de niños, niñas y adolescentes. No obstante se trata de un modelo de buenas intenciones –al final del día, se trata de incluir a la infancia–, fracasada en su objetivo al seguir funcionando sobre la lógica de *un* tipo de sujeto político, que participa a través de *ciertas formas* –y no otras, nuevas (Jans, 2004, pp. 30-1)– y en un determinado terreno político (Wall, 2011, p. 87). Este modelo de participación se erige sobre la base de una idea de niños y adolescentes como ‘productos sin terminar,’ lo que termina allanando el camino para que los adultos “colonizen a los niños y controlen sus vidas” (Peleg, 2013, p. 526).

En vez de ello, debiera avanzarse a pensar en una apertura a la infancia que sea capaz de reconocer e incluir nuevas formas de participación en respuesta

a las experiencias de los niños (Wall, 2011, p. 87). En palabras de Lister (2007, pp. 694-5), hay que mirar las formas de participación y ejercicio de derechos de manera dinámica, no como datos fijos. Se trata, en definitiva, de una aproximación que abandona la idea de que existe un único modelo de ciudadano¹² o de discusión pública, para, en cambio de ello, reconocer que en la vida pública intervienen distintos individuos con sus propias formas de participación y capacidades (Dixon y Nussbaum, 2012). Lo que este modelo busca es evitar que, por medio de una inclusión poco apropiada, se terminen generando instancias de exclusión interna –por caso, a través de la imposición de ciertas formas de participación para intervenir en la determinación de los asuntos públicos (Young, 2002, pp. 53-7; Thomas, 2007, pp. 210-11).

En este sentido, una propuesta como la que avanza Dixon y Nussbaum enseña que no existe una contradicción entre advertir la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran niños, niñas y adolescentes, de una parte, y la posibilidad de conferir derechos que les permitan proteger sus intereses, de otra; entre protección y cuidado, por un lado, y apertura a la realización autónoma y personal, de otro (Jans, 2004, p. 34; Lister, 2007, pp. 706-7). Reconocer la necesidad especial de cuidado en que se encuentran niños, niñas y adolescentes, de la mano con el reconocimiento de su plena dignidad humana, no debiera sugerir ninguna contradicción con el reconocimiento de su agencia –por ejemplo, política– (Dixon y Nussbaum, 2012, pp. 552-3). En sentido similar, se expresa Archard (2004, p. 61):

“Un niño puede sufrir una particular forma de daño precisamente por ser niño, pero, no por ser niño, debe ser considerado como incapaz para ejercer los derechos que lo protegen contra esas formas de daño”.

Como añade Archard, no debemos creer que los mismos factores que explican por qué no debemos dañar a niños y niñas, explican, además, que ellos y ellas no puedan protegerse por medio del ejercicio de derechos de esos daños (Id.). De lo que se trata, dicho de otro modo, es de no advertir esa

¹² Una idea de ciudadanía liberal, dice Cockburn (2013, p. 14), que reposa sobre la idea de un agente supuestamente racional (lo que ya arroja luces sobre la exclusión de ‘otras’ formas de participación), autosuficiente y autónomo.

vulnerabilidad para –en cambio de lo que acá se propone– volverla contra los propios niños y niñas que la viven (Roche, 2005, p. 49). Es lo que ocurre con aquellas opiniones que están dispuestas a reconocer derechos de ciudadanía a la infancia, a condición que, por ejemplo, niños, niñas y adolescentes sean plenamente responsables desde un punto de vista penal.

De allí la insistencia en repensar los tres ejes antes mencionados sobre los que se configura el paradigma tradicional, para lo que una relectura inclusiva, responsiva y democrática del esquema constitucional y político es el primer –pero, en caso alguno decisivo y más importante– paso.¹³

2.3 Ciudadanía constitucional

¿Es posible avanzar en esta relectura de la ciudadanía de (y para) la infancia? Este trabajo apuesta por responder esta pregunta afirmativamente, aunque solo contribuye abordando una de las caras que esa respuesta debe considerar: la cara constitucional. En materia constitucional, la ciudadanía ha mostrado ser un concepto que ha variado con el tiempo y que ha sido objeto de ajustes merced de las relaciones –algunas veces con más tensión que en otras– con la realidad social y cultural en que se sitúa.

Para el caso chileno, avanzando en una (re)lectura democrática del artículo 5º de la Constitución¹⁴, debe descartarse que las únicas instancias de participación del pueblo se encuentren reducidas a las elecciones populares y plebiscitos –reservadas en la Constitución, como se ha mostrado, al ciudadano legal. En efecto, es la propia Constitución la que dispone una serie de otras alternativas de intervención política para los miembros de la comunidad y

¹³ Como adecuadamente comenta Wall (2011, p. 87), “la inclusión de los niños en procesos centrales de la democracia requeriría un concepto expandido del sujeto y espacio políticos ... no solo una extensión de los privilegios de los adultos hacia los niños, sino que una reestructuración de las normas sociales fundamentales en respuesta a las experiencias de los niños”. En sentido similar, Lister (2007, p. 9) afirma que el concepto sustantivo de ciudadanía –a diferencia del formal que denota solo un estatus legal– implica perspectivas, y un cambio de las condiciones, legales, políticas y sociales.

¹⁴ Un esfuerzo notable ha emprendido Pablo Marshall (2010a), en cuyas reflexiones descansa esta sección.

que no dependen de la ciudadanía legal, es decir, instancias distintas a las elecciones y plebiscitos reservados para el mundo adulto.

Se trata de intervenciones cuya delimitación, interpretación, defensa y radicalización están abiertas al propio ejercicio ciudadano (Habermas, 1998, pp. 369-70). El contexto político de los reclamos estudiantiles, por ejemplo (Lovera, 2008, pp. 52-4), nos lleva a mirar dos derechos claves y condición necesaria para el ejercicio del derecho a la participación política: la libertad de expresión y el derecho de reunión (arts. 19 N° 12 y 13 de la Constitución, respectivamente). Respecto a la primera libertad, la Constitución asegura a todas las personas:

“[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en ejercicio de estas libertades...”

La libertad de expresión, sobre la cual se construye la democracia y es bisagra fundamental del ejercicio de las demás libertades políticas (Barendt, 2007, pp. 154 y ss.), se encuentra amparada constitucionalmente para poder ser ejercida “en cualquier forma” y “por cualquier medio”. Se allana, así, el camino para reclamar protección constitucional toda vez que se esté desarrollando o colocando en marcha un mecanismo, cualquiera, de contenido expresivo (Lovera, 2010, p. 163) y que no requiere intermediarios.¹⁵ Situación similar acontece con el derecho de reunión.

Esta apertura participativa, desde luego, es pocas veces destacada, de modo que se transforma casi en grietas que se abren a veces sin percepción. Esto, no obstante se trata de una obligación del Estado. En efecto, la Constitución comienza destacando que es deber del Estado promover la participación de todas las personas con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1° inc. final de la Constitución). Dicho principio de la vida democrática

¹⁵ Así, de acuerdo al art. 20 de la Constitución, “[e] que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías... **podrá ocurrir por sí** o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado...” (el destacado es del autor).

chilena debe leerse, por cierto, más allá de los estrechos (aunque relevantes) espacios de los plebiscitos y la elección popular, y en consonancia con las demás disposiciones constitucionales. El resultado, así, es muy distinto al de la lectura tradicional.¹⁶

La sección que sigue advierte que, al menos desde la perspectiva constitucional del ejercicio de derechos participativos, se ha avanzado en el reconocimiento de la agencia de niños, niñas y adolescentes –lo que, desde luego, no quiere decir que se trate de una agencia suficiente. Del mismo modo, ha existido una apertura deliberativa a considerar otras formas de participación en los asuntos públicos.

3. CIUDADANÍA CONSTITUCIONAL Y ADOLESCENTE

La sección anterior ha servido para descartar que las únicas instancias de participación política que aguanta la Constitución chilena sean las de plebiscitos y elecciones populares. Pero ha permitido, también, dar un paso importante hacia la configuración de la ciudadanía política adolescente que debe entenderse en su propia especificidad (Sandoval, 2003, pp. 39-43): comprender que las otras formas de participación que la Constitución permite y protege no dependen de la ciudadanía legal –cuyo piso mínimo, como se advirtió, es la mayoría de edad– y que, en consecuencia, se presentan como espacios abiertos a la inclusión de nuevos sujetos, distintos asuntos y novedosas formas participativas.

De hecho, al tratarse de formas reconocidas en el ejercicio de derechos constitucionales, se encuentran disponibles a todas las personas, incluidos, desde luego, niños, niñas y adolescentes.¹⁷ Por lo mismo, esas otras formas de participación tampoco se encuentran condicionadas por las reglas de capacidad

¹⁶ Hacia el final volveré sobre esta idea de obligaciones estatales como una forma de superar las deficiencias que otros modelos de inclusión de la infancia en la participación política dejan sin consideración.

¹⁷ Razón por la que no parece aventurado afirmar que el reconocimiento de titularidad de derechos representa, a un tiempo, una forma de expandir la noción de ciudadanía, misma que se va construyendo (Sandoval, 2003, p. 36).

legal (Barcia, 2006; Lovera, 2009; Díaz de Valdés, 2010)¹⁸, sin perjuicio de las críticas a las cuales pueden someterse esas mismas reglas (Nussbaum, 1997; Herrera, 2009) o los fines diversos para los cuales dichas reglas fueron concebidas –para asegurar bases patrimoniales en las cuales ejecutar los contratos, antes que en la ausencia de una visión política de la comunidad.¹⁹

3.1 Derechos ciudadanos de los adolescentes

¿Cómo es posible que los y las adolescentes actúen como ciudadanos, aun sin alcanzar la mayoría de edad? Para poder comprender la forma en que los derechos constitucionales amplían la ciudadanía, al punto de incluir en ella a personas que bajo la definición legal quedarían fuera, debe comenzarse por entender el sentido político de la intervención de las personas –de todas ellas. La Constitución, entendida políticamente, supone que el gobierno –es decir los órganos del Estado que establece la Constitución, para decirlo con el lenguaje del art. 5º de la misma– es responsable en sus decisiones, por una parte, y que la comunidad está facultada para exigir cuentas por su desempeño, de otra. Antes que entregar la evaluación del desempeño del gobierno y la tutela de sus decisiones a instituciones legales, es la comunidad la que se encarga de hacer valer las responsabilidades gubernamentales (Tomkins, 2009, pp. 185-6).²⁰

¹⁸ Para todos estos casos es crucial comprender la forma en que la Constitución principia el reconocimiento de derechos: “Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas”. Con todo, debe notarse que, desde el punto de vista de la teoría de los derechos, la condición de persona podría no ser la única razón para reclamar titularidad de derechos humanos. Así, se ha sugerido sumar la facultad de agencia (Griffin, 2002).

¹⁹ Y aun si ese fuera el caso, es decir, aun si la supuesta incompetencia de los adolescentes fuera la razón por la cual no se extiende la ciudadanía a ellos y ellas, hay buenas razones para pensar que la competencia (supuesta, también) del resto de los adultos va a nivelar las decisiones acercándolas a la corrección (Goodin y Lau, 2011 –debo esta referencia a Pablo Marshall). Desde luego que hablar de corrección en decisiones políticas es ya algo difícil de sugerir. Sin embargo, debe notarse que en estudios realizados respecto a la toma de decisiones sobre tratamientos médicos informados, niños de 14 años no mostraron diferencias con las decisiones, razonamientos y reflexiones que efectuaría un adulto (Weithorn y Campbell, 1982).

²⁰ Lo que no quiere decir que en comunidades con prácticas políticas y representativas deficientes, las cortes no puedan operar como mecanismos que permitan mantener limpios los canales de participación política o incluso ensancharlos (Ely, 1980).

Ya he notado que la Constitución reconoce un rol fundamental a la participación al disponer que “es deber del Estado... promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1º inc. 4º).²¹ La “vida nacional” a la que se refiere la Constitución es, justamente, la que define nuestra existencia política. Y es la participación la que hace posible que, como colectividad, podamos hacer que las cosas cambien. Por eso la preocupación de la Constitución en la inclusión participativa: solo cuando como comunidad somos invitados a tomar parte decisiva de la “vida nacional” es que nos autogobernamos (Waldron, 2007, pp. 277-99).

Es por ello que el elemento popular, esto es, la participación política de la ciudadanía, opera como piedra de toque de la legitimidad de las decisiones. En efecto, las decisiones son democráticas, esto es, son legítimas y nos pertenecen, cuando se adoptan con la intervención de todos los miembros de la comunidad nacional (art. 1 de la Constitución). Por ello es que, cuando una comunidad exhibe grupos marginados del proceso político (Marshall, 2010b, pp. 261-3), entonces evidencia a sectores de su comunidad que sitúa –muchas veces, de forma deliberada– fuera de la promesa del autogobierno. Para ellas y ellos, los grupos marginados, el proceso político es solo una promesa de participación y sus decisiones, qué duda cabe, pura fuerza externa y dominación (Berlin, 2005, p. 178).

La mirada política a la Constitución demanda, además, que la intervención de los adolescentes se evalúe de la misma forma: política. Es esta otra razón para no quedarse anclado únicamente a la ciudadanía legal. Primero, porque para lograr el objetivo que el gobierno sea responsable ante la ciudadanía, la experiencia, así como la voz crítica de los jóvenes, nos muestra que no basta solo con votar.²² El voto es una herramienta que muchas veces es demasiado tosca e impide avanzar en matices muy necesarios en

²¹ Al respecto debe notarse que parte de la doctrina nacional concede especial valor a dicha declaración. Así, Cea se refiere a la existencia de un derecho, más que a una simple declaración política, advirtiendo la extensión de la participación a “las más diversas áreas de la vida nacional” (Cea, 2002, pp. 194-5; Vivanco, 2004, pp. 74-5).

²² “Para los jóvenes el acto de votar no tiene sentido sin participación permanente” (Martínez et al., 2010, p. 32).

las decisiones políticas que se adoptan en la política gubernativa del día a día (Gargarella, 2007, pp. 126-8).²³ El voto es importante, qué duda cabe, pero la participación política es más que la intervención intermitente de la comunidad por medio de las elecciones. Segundo porque, mientras la ciudadanía legal es susceptible de desagregación (*n* votos), la participación política ciudadana constitucional, en cambio, posee un carácter común.²⁴ A diferencia de los derechos del hombre –como el derecho de propiedad–, de corte eminentemente individualista y donde, por lo mismo, las personas se aíslan unas de otras, los derechos del ciudadano presuponen la existencia de la comunidad política. Los derechos del ciudadano político y constitucional requieren de un sentido de pertenencia, sentido que reclama, en primer lugar, reconocimiento e inclusión como parte de dicha comunidad. Es esta comunidad política la que configura una arena común –la “vida nacional”– en la que en conjunto vamos a adoptar decisiones comunes.²⁵ Esa es la ciudadanía política y constitucional.

3.2 Derechos constitucionales y voluntad del adolescente

Ahora bien, si la ciudadanía legal se expande a la luz de los derechos constitucionales, ¿cuál es la razón que habilita a los adolescentes para ejercerlos? En primer lugar, la propia Constitución Política. Ya se ha señalado que en ella la titularidad de derechos constitucionales se adquiere con el solo hecho de ser persona. Dicho reconocimiento constitucional de derechos, además, se ha visto fortalecido con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestros sistemas legales. Como ya se ha argumen-

²³ Debe sumarse, además, el hecho de tratarse de una herramienta “demasiado tosca” o, para decirlo de otra forma, usted podría decidir apoyar a un candidato porque ofrece mejores perspectivas para el sistema educacional, y luego defraudarse porque no está dispuesto a apoyar la gratuidad de la misma.

²⁴ Y del carácter común de la política, los adolescentes parecen estar bastante al tanto, más que muchos adultos que miran la política como un espacio de decisiones técnicas donde se pueden avanzar intereses individuales. Así, por ejemplo, los adolescentes ven la política como una actividad más allá del voto, que “implica ser agente en la transformación de la sociedad a través de la participación y la acción social, la responsabilidad social en la vida cotidiana, el sentido de pertenencia, la información y la deliberación” (Martínez et al., 2010, p. 32).

²⁵ Esta distinción es sugerida por Marx en su trabajo *Sobre la Cuestión Judía* (Waldron, 1987, pp. 131-2).

tado reiteradamente, la Convención no puede significar tan solo que ahora se reconocen derechos constitucionales para niños, niñas y adolescentes. Ello la haría incluso irrelevante (Cortés, 2001, pp. 64-70; Lovera, 2009, pp. 14-6). La Convención, en cambio, sí ha gatillado importantes reformas y discusiones relativas a la autonomía con que cuentan niños, niñas y adolescentes para ejercer –ellos mismos y ellas mismas– sus derechos constitucionales. Por eso, siguiendo a Freeman (2006, p. 258), el reconocimiento de derechos debe ir acompañado de una teoría de la autonomía. Para el caso de niños, niñas y adolescentes, el estándar es el de la autonomía progresiva, criterio que se configura atendiendo la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados (Dodds, 2004, p. 126). Ya es un lugar común, de los buenos, el reconocer que niños, niñas y adolescentes están facultados para manifestar su opinión en los asuntos que les conciernen.²⁶

También es un lugar común que su sola preferencia no define la contienda (Lovera, 2009, pp. 18-9). Pero este podría ser de los malos lugares comunes cuando se lo considera desde la perspectiva constitucional. Por ello, dicho lugar común merece ser calificado. En primer término, que la sola opinión, preferencia o manifestación de voluntad de los niños no defina la contienda es propio de los modelos judiciales de solución de controversias. Tampoco la sola preferencia de los adultos define la contienda. En un juicio en que se defina el cuidado personal, por ejemplo, las expresiones de voluntad, de adultos, niños y adolescentes deben ser tomadas en cuenta –estas últimas, con preponderancia– por el tribunal para decidir, pero nadie cree que el juez deba abdicar de su función para descansar en la voluntad de los intervinientes –improbable, además, en un contexto de oposición.²⁷

²⁶ Aun cuando los adultos, especialmente en el contexto judicial, tengan problemas para abrirse a considerar formas de intervención diversas a las del mundo adulto. Un reciente estudio sobre la intervención de niños, niñas y adolescentes en procedimientos judiciales apunta que se prefiere evaluar “la capacidad del niño de participar en el sistema judicial y no tanto desde la evaluación de las capacidades de los operadores y de las condiciones existentes... para recoger la voz de los niños y hacerlos participar” (Vargas y Correa, 2011, p. 200).

²⁷ Alguna excepción se contempla, sin embargo, en el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sus-tracción de Menores (1980), art. 13 inc. 2º: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

Sin embargo, que la sola expresión de voluntad no defina la contienda no debe ser equivalente a sostener que la sola expresión de voluntad del niño, de la niña y del adolescente no defina la forma en que él y ella configuran la forma en que van a ejercer sus derechos.²⁸ Respecto al ejercicio de derechos constitucionales, entonces, los adolescentes se encuentran facultados para, con plena autonomía, definir la forma de ejercicio de los mismos. Freeman (2006, p. 268) ha sostenido que “una teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no solo la igualdad [de dignidad y de derechos], sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes”. Pero advierte, también, que “reconocer la integridad de un niño y sus capacidades de toma de decisiones [no debe privarnos] de advertir los peligros de la liberación completa” (Freeman, 2006, p. 271). En sentido similar, Couso (2006, pp. 145-8) está dispuesto a concederles un “rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos”, aun sin liberalizarlos completamente.²⁹

No comparto sus calificaciones para el caso de ejercicio de derechos constitucionales. La preocupación entre la promesa de completa autonomía –la adultez– y su actual estatus intermedio –algún lugar entre su actual situación y la ciudadanía futura–, ha sido, justamente, lo que ha llevado a que muchas decisiones que se adoptan a su respecto dejen las cosas tal como estaban –antes de la Convención, se entiende–, siendo, al mismo tiempo, excusa recurrente al momento de restringir las decisiones de los niños (Graham y Fitzgerald, 2010, p. 345).

²⁸ Cosa distinta es que luego puedan aparecer otros derechos con los que debe cotejarse el ejercicio de derechos del adolescente, como podría ser la voluntad de sus padres respecto a la conveniencia de un tratamiento médico (véase, por ejemplo, la Sentencia T-477 de la Corte Constitucional de Colombia, 23 de octubre de 1995). Lo relevante, para efectos del argumento que acá se avanza, es que los derechos se construyen desde el ejercicio autónomo de los mismos por niños, niñas y adolescentes.

²⁹ Puede explicarse la aprehensión de Couso, quien escribe en el contexto de procedimientos de familia en los que hay más voces involucradas, pero no si se considera el ejercicio de derechos –incluso el de intervención en un procedimiento en que se resuelve la suerte de niños– en una doble etapa; primero, configurando derechos y, segundo, cotejando esos derechos con los demás involucrados.

En cambio, debe avanzarse en aceptar que la autonomía de los adolescentes se respeta, primero, cuando se les reconoce el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellas y ellos mismos quienes deciden cómo ejercer esos derechos. Y esto, en el ámbito de la participación política, es crucial porque llama al mundo adulto a abrirse a nuevas formas de ejercicio de derechos con las que no están corrientemente relacionados o que, simplemente, subvierten las formas tradicionales de ejercicio de derechos. Sin esta forma de reconocimiento, la titularidad de derechos, como digo, corre el riesgo de no provocar demasiados cambios y de ocultar bajo nuevas formas los mismos patrones tradicionales de ciudadanía y agencia política.³⁰ Sin esta apertura a la autonomía de ejercicio, se termina imponiendo –unilateralmente– a niños, niñas y adolescentes, una determinada forma –*la forma*– de ejercicio de los derechos.

3.3 Perspectivas en Chile

Para finalizar esta sección, quisiera ilustrar, brevemente, cómo una idea como la planteada en las secciones previas ha venido tomando forma en la práctica constitucional chilena –cuestión que, no sobra advertirlo, ha venido ocurriendo solo a nivel embrionario. Esta sección avanza, entonces, en mostrar cómo la práctica constitucional ha reconocido titularidad de derechos a niños, niñas y adolescentes, amén de abrir espacios al ejercicio autónomo de los mismos. El objetivo implícito de esta sección es ilustrar cómo el ejercicio de derechos constitucionales, entendido de la forma antes expuesta, tiene incidencia en la participación política de los adolescentes, ampliándola, como he sostenido, más allá de la ciudadanía legal.³¹

³⁰ En esto, el derecho tiene experiencia (Siegel, 1997).

³¹ Un recorrido más extenso se ha realizado en Lovera, 2009. Vale la pena destacar que, en dicho trabajo, sostuve que el Tribunal Constitucional había tenido escasas oportunidades para pronunciarse sobre el interés superior del niño y, cuando lo hizo, lo hizo desde una perspectiva proteccionista (pp. 26-7). El Tribunal solo ha empeorado su comprensión del interés superior del niño al conocer un requerimiento de inaplicabilidad en contra del art. 365 del Código Penal. Dicho precepto castiga penalmente el acceso carnal, sin que medie estupro o violación, a un adolescente menor de 18. Tomando en cuenta las circunstancias, se criminalizan las relaciones sexuales consentidas entre un hombre adulto y un adolescente menor de 18 años pero mayor de 14. A propósito de pronunciarse sobre el interés superior del niño, el Tribunal –citando de forma descontextualizada la Opinión Consultiva 17 de la Corte IDH– afirmó que “el interés superior del niño justifica la necesidad de

3.3.1 Casos vinculados a las protestas estudiantiles de 2006

Un primer ejemplo, en el sentido propuesto, nos lleva a la primera oleada de protestas estudiantiles en 2006. En un recurso de protección presentado en contra del Colegio Carolina Llona de Cuevas, un grupo de estudiantes expulsados por haber tomado parte en las manifestaciones educacionales reclamó la inconstitucionalidad de las medidas. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción, tomando en cuenta, especialmente, el carácter pacífico de las protestas, así como el contexto social de manifestaciones masivas que se estaban desarrollando (Corte de Apelaciones de Santiago, 2006, cons. 5º).³² En efecto, la Corte enfatizó el rol que los adolescentes han jugado en la historia de las transformaciones sociales en Chile:

“resulta pertinente recordar que históricamente numerosos movimientos estudiantiles han sido el motor de cambios y evoluciones sociales, siendo las tomas una de las formas que tradicionalmente se han utilizado por los alumnos, lo cual puede parangonarse con los movimientos huelguísticos en materia de derecho laboral y particularmente, del área sindical, que están legalmente reconocidos (cons. 8º)”.

Las medidas adoptadas por el establecimiento educacional, sostuvo la Corte, eran inconstitucionales al tratarse de un reproche que se imponía sobre estudiantes que han participado “en un legítimo acto de protesta, no violento y que, por lo tanto, no ameritaban dicha reacción o al menos, no en la intensidad en que ésta se produjo” (cons. 5º). La Corte Suprema revocó la decisión. En su concepto, y lejos de lo que se propone en este trabajo, “no puede sino concluirse que los hechos antes descritos constituyen actividades reñidas con la conducta que debe observar un alumno dentro

que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia”. ¿Protegerlo de qué? De “las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual” (Tribunal Constitucional, 2011, cons. 28, 31).

³² Sostuvo, así, que “resulta obvio que dicho movimiento fue motivado por aspiraciones propias de estudiantes jóvenes, que ven con preocupación no solamente su futuro, sino que su actual realidad académica, que deriva de un sistema educacional que, como es público y notorio, se encuentra fuertemente cuestionado y es objeto de estudios para modificarlo”.

de un establecimiento educacional y que son contrarias al Reglamento de Convivencia Escolar que los rige” (Corte Suprema, 2007). Contrario a lo que la defensa de los derechos debiera constituir, cuestionó a los estudiantes el hecho de ser solo un sector minoritario dentro del establecimiento, para terminar invocando en términos genéricos causales del Reglamento de Convivencia Escolar.

Un segundo caso importante corresponde a una serie de recursos presentados en contra del Liceo José Victorino Lastarria, donde se habían adoptado similares medidas en contra de más de 40 estudiantes. La Corte de Apelaciones de Santiago también acogió los reclamos (Corte de Apelaciones de Santiago, 2007). Descansando en la Convención sobre los Derechos del Niño, el tribunal sostuvo que las medidas adoptadas habían afectado los derechos de los estudiantes a la propiedad, a la igualdad y a un debido proceso. Referencias a los derechos políticos, en la opinión de la Corte, no hubo. Sin embargo, vale la pena destacar el voto concurrente del ministro Carlos Cerda quien, lúcidamente, advirtió la importancia de la participación adolescente en el contexto social en que los actos estudiantiles se habían desarrollado:

“Claro está que, llegado el momento, una situación coyuntural dada, por ejemplo en el ámbito del interés nacional, puede internalizarse en el escolar, de tal manera que lo lleve a comprometerse, al punto que le parezca éticamente adecuado y hasta imperioso, asumir comportamientos que, en su perspectiva, puedan resultar opuestos a los deberes disciplinarios que anteriormente se pretendió dejar explicados (Considerando 4º)”.

Avanzando en su argumento, destacó la forma en que la participación de los adolescentes en esos momentos de coyuntura social arranca –en una defensa ante tribunales– del reconocimiento y ejercicio de derechos constitucionales, el que se ve fortalecido por la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Parece al autor de esta prevención que es ésta la manera correcta de poner en el sitio que corresponde a la libre manifestación de ideas que garantiza el apartado 12º del consabido artículo 19 de la carta fundamental y que, no hace falta convencer, es consubstancial a una república democrática.

El ejercicio de ese derecho no queda reservado a los adultos. A los niños se lo consagra el artículo 12 de la Convención pertinente. La educación es ciertamente un bien social fundante en el que asiste protagonismo transversal a todos los estamentos sociales, sin distinciones etarias [sic]. Es sano se opine constructivamente a su respecto; le hace falta permanente crítica. Cuando quienes se ven más directamente involucrados en ella –para estos efectos, dígase alumnos– utilizan vías ortodoxas para ejercer esa crítica y demandar las innovaciones, hasta que se convencen de la ineficacia de su rutina y se valen, por decisión muy mayoritaria, de ejercicios de presión colectiva, sometidos nada más quedan a las acciones por los delitos que cometan.

Así lo dispone el citado artículo 19 N° 12°. Si alguna autoridad hubiere considerado que en la paralización de actividades acordada por el estamento estudiantil se atropelló la ley, instar debió, a través de los requerimientos correspondientes, a la imposición de los castigos que contempla la ley común –Ley de Seguridad del Estado, Código Penal– sede en la que habría debido determinarse lo correspondiente. Así lo establece el artículo 13.2.b) de la Convención. Cuestión del todo ajena a una reglamentación de disciplina al interior de un colegio.

Lo cual mueve a este previniente a concluir que las medidas disciplinarias también han perturbado seriamente el derecho de los estudiantes a emitir opinión, reconocido en el señalado artículo 19 N° 12° [libertad de expresión] (cons. 12°).³³

La Corte Suprema (2007c), a diferencia de lo que hizo en el caso anterior, confirmó la decisión. Pero si la Corte de Apelaciones (2007) había omitido referencias a la libertad de expresión, ahora la Corte Suprema, además, recortaba la sentencia de su inferior y señalaba que la razón para acoger el recurso se encontraba en la infracción del derecho a la igualdad ante la ley. Según la Corte Suprema, la igualdad ante la ley se había visto afectada al aplicarse sanciones solo a quienes aparecían sindicados como dirigentes del movimiento (cons. 5°). El argumento es peligroso, como espero que sea

³³ Lo mismo ocurrió en un recurso similar interpuesto contra el Liceo N° 1 Javier Carrera, donde el Ministro Carlos Cerda acompaña similar voto concurrente. En dicho caso, la Corte de Apelaciones de Santiago (2006b) acoge el recurso sobre la base de la violación del derecho constitucional a no ser juzgado por comisiones especiales y a la igualdad ante la ley. La Corte Suprema (2007b) también confirmó la decisión, sin mencionar palabra alguna sobre libertad de expresión.

obvio advertirlo; de haberse sancionado a todos los estudiantes (que participaron en las movilizaciones), quizás no se habría declarado la inconstitucionalidad de la medida.

3.3.2 Casos surgidos tras la aprobación de la Ley General de Educación de 2009

La historia que siguió al movimiento de 2006 es conocida. A los reclamos estudiantiles siguieron comisiones técnicas, un acuerdo entre las dos principales coaliciones políticas de Chile y una nueva Ley General de Educación (LGE). Como nos ha enseñado la fuerza de los hechos, las demandas planteadas por el movimiento de 2006 no fueron satisfechas. Tras la aprobación de esta ley se produjo un nuevo escenario de protestas, en cuyo contexto se decidió un importante caso. Se trata, quizás, de una de las pocas sentencias en que los jueces han entendido que el interés superior del niño en el ámbito político supone:

- (i) reconocer, como no podría ser de otra forma, su titularidad de derechos;
- (ii) la facultad de los adolescentes para definir su forma de ejercicio;
- (iii) la especial protección de la libertad de expresión, tratándose de un contexto de reclamos políticos y sociales sobre las medidas adoptadas por el Estado.

Y acá el paso lo da la Corte Suprema³⁴. Un adolescente, estudiante del Liceo Experimental Artístico y de Aplicación de Antofagasta, decidió manifestar su descontento contra la recientemente aprobada LGE. Entre otras cosas, y con fuerte énfasis político —donde acá, político se ocupa con sentido retórico, como se verá al advertir la defensa del Liceo—, llamó a la crítica con mensajes del siguiente tenor:

“Contra la educación de mercado, contra la LOCE de Pinochet y su hermana, la LGE del negocio transparente de la Concertación y la Derecha.

³⁴ Un análisis más extenso que el que se desarrolla acá, en Lovera, 2009b.

¡Ni LOCE ni LGE! ¡Luchemos contra la precarización de la educación, el trabajo y el arte!

Forjemos la unidad con los trabajadores contra la precarización de la educación y la vida. ¡Viva la unidad Obrero estudiantil!

Luchemos por refundar nuestros centros de alumnos y federaciones en base a la Democracia directa Estudiantil, delegados revocables en todo momento. Porque la PSU es un filtro de clase para los colegios públicos y privados. ¡Luchemos por el acceso irrestricto a la universidad! ¡No a la PSU!

Contra la precarización de nuestra educación artística, forjemos un comité de Artes y Cultura. ¡Por los derechos de la mujer y las minorías sexuales!

Luchemos contra la criminalización de las luchas contra los trabajador es, los sectores oprimidos, los jóvenes, basta de represión a los que luchan” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2009, vistos).

Al estudiante se le notificó la no renovación de la matrícula, decisión ante la que presentó un recurso de protección, reclamando la afectación de sus derechos a la no discriminación, a la educación y a la propiedad. Para el Liceo recurrido, la medida se justificaba por el hecho que el estudiante abogaba por cambios legales y sociales “pero dentro de un contexto que va mucho más allá del ámbito de la enseñanza media, en que se desenvuelven los alumnos del Liceo Experimental Artístico, haciendo llamados de carácter netamente políticos”. Reprochando al estudiante el incumplimiento de deberes dispuestos para el sostenedor, y no para el estudiante³⁵, la Corte de Antofagasta rechazó la acción.

La Corte Suprema (2009) revocó la sentencia y avanzó en importantes argumentos a la hora de comprender adecuadamente el interés superior del niño. Fuera de reprochar el recurso arbitrario al Manual de Convivencia Escolar (Lovera, 2009b, p. 222), advirtió que “no es razonable expulsar de alguna comunidad a una persona a causa de que esta sustente ideas que se califican de contrarias a los valores que reconoce la entidad, entre otras razones, porque se la excluye no obstante el derecho de expresión que le asiste”

³⁵ En efecto, la Corte cita con aprobación el art. 6° inc. 2° de la LOCE, el que dispone que: “Los establecimientos o instituciones educacionales, cuya enseñanza sea reconocida oficialmente, no podrán orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”.

(cons. 3º). Aceptar la sanción impuesta por el Liceo, prosiguió la Corte, equivaldría a despojar al adolescente del disfrute de su libertad de expresión (cons. 4º). La Corte concluye su análisis anotando, adecuadamente, que el ejercicio de derechos –la libertad de expresión– es parte del desarrollo formativo del adolescente, y que el respeto a la forma autónoma en que este desea ejercer dicha libertad es condición necesaria para satisfacer el interés superior del niño.³⁶

Durante las protestas de 2011 también se ha conocido de avances en el reconocimiento de la configuración autónoma de derechos por parte de adolescentes. En el Liceo Alemán de Arica, una estudiante utilizó redes sociales de Internet para convocar a una asamblea extraordinaria. Dicha asamblea, que se desarrolló en el patio del Liceo y en medio de un recreo, informó sobre el curso que tomarían las movilizaciones estudiantiles. El Liceo decidió expulsar a la estudiante, invocando su reglamento interno, decisión contra la que la estudiante reclamó por medio de un recurso de protección. El recurso fue acogido, aunque solo por aspectos procedimentales del reglamento interno. Para la Corte, el Liceo no había respetado los mismos procedimientos, aunque desestimó, con peligrosas razones, los reclamos relativos a la libertad de expresión (Corte de Apelaciones de Arica, 2011, cons. 7º).³⁷

³⁶“No se advierte ningún motivo que justifique el proceder del establecimiento educacional, puesto que es evidente que no se tuvo en cuenta razones relacionadas con el interés superior del niño, en la especie con la preservación y fortalecimiento de su desarrollo formativo, sino únicamente la negativa valoración de sus posiciones” (cons. 4º).

³⁷En efecto, la Corte indica que la libertad de expresión no ha sido afectada, toda vez que nadie ha censurado a la estudiante. Y agrega, además, que es la propia Constitución la que señala que dicha libertad se sujeta a responder por los delitos y abusos en su ejercicio. El argumento de la Corte es incorrecto y peligroso. Incorrecto, en primer término, porque reduce el contenido de la libertad de expresión únicamente a la no censura. No es este el espacio para profundizar en el tema, pero es suficiente con señalar que la prohibición de censura es solo un aspecto de la libertad de expresión, mismo que, además, se encuentra expresamente prohibido en la Constitución. Si la libertad de expresión se redujera, como afirma la Corte, únicamente a la no censura, bastaría solo con asegurar la no censura pero no la libertad de expresión. Si la Constitución asegura a todas las personas “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”, es porque dicha libertad es más que, simplemente, no ser censurado. Pero el razonamiento de la Corte es, además, peligroso. Y es peligroso porque entiende que, una vez que una persona no ha sido censurada, entonces luego cualquier medida represiva puede seguirla –pues puede responder, como cita, de delitos y abusos. Justamente porque la Corte no advierte otro contenido para la libertad de expresión (como podría ser la protección frente a la discriminación basada en el contenido de las expresiones o el efecto congelante de algunas medidas represivas) es que no tiene problemas en

La Corte Suprema, al igual que en 2009, revocó la sentencia y destacó los derechos que la Corte de Arica miró por sobre el hombro. Para hacerlo, tomó –diría, textualmente– los argumentos que desarrolló en el caso analizado en 2009:

“Que así, queda de manifiesto que la motivación del acto de la recurrida es arbitraria. En efecto, no es razonable expulsar de una comunidad a una persona en razón de que ésta emita ideas críticas sobre la labor del órgano estudiantil que representa a los alumnos del colegio y que promueva acciones estudiantiles entre sus compañeros.

Que el comportamiento de la recurrida contraría la libertad de expresión asegurada en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque transgrede el ejercicio del derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole, sin que se aprecie que la alumna haya abusado de dicho ejercicio. Además, transgrede el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños, niñas y adolescentes vigente en el país, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17, que contempla las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y religión.

Por último cabe tener presente que no se advierte ningún motivo que justifique el proceder del establecimiento educacional, puesto que es evidente que no se tuvo en cuenta razones relacionadas con el interés superior del niño, en la especie con la preservación y fortalecimiento de su desarrollo formativo (Corte Suprema, 2011, cons. 3º y 4º)”.

Más recientemente, y a propósito de una toma realizada por estudiantes del Instituto Nacional, la Corte Suprema volvió a reconocer titularidad de derechos constitucionales a niños, niñas y adolescentes.³⁸ Nótese que allí la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había prohibido a los y las estudiantes deliberar en torno a las acciones que podían adoptar a efectos de hacer sentir sus pareceres en el contexto de

avanzar este peligroso argumento. Dicho en otras palabras, lo que la Corte no logra advertir es que la libertad de expresión, además de asegurar la no censura previa, asegura a las personas que no van a ser perseguidas por las ideas que profesen, es decir, que las expresiones delito y abuso no pueden significar cualquier cosa (como ocurrió, hace algún tiempo, con las normas sobre desacato).

³⁸ Un análisis más acabado de esta decisión se encuentra en Lovera (2015).

la discusión nacional sobre las políticas educacionales. Ello porque, según sostuvo la Corte de Apelaciones, ni la Ley General de Educación ni el Reglamento sobre Consejos Escolares “contempla[n] en ninguna parte la realización de votaciones para decidir paralizaciones o tomas del establecimiento” (Corte de Apelaciones de Santiago, 2014, cons. 2º). La Corte Suprema (2014, cons. 7º), en cambio, sostuvo que,

“la petición de los recurrentes de ordenar a los estudiantes del Instituto Nacional a abstenerse de ‘organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones’, equivale a decretar por vía judicial una prohibición absoluta de que incluso deliberen una votación cuando diga relación con tomas o cualquier clase de paralizaciones, por lo que se trata de una pretensión que no puede ser atendida”.

4. CONCLUSIONES: ¿ES SUFICIENTE EL EJERCICIO DE DERECHOS?

El ánimo tras la Constitución de 1980 era el de limitar la intervención de la comunidad en las decisiones políticas. Los ciudadanos tendrían espacios acotados y definidos formal e institucionalmente de intervención, a saber: votaciones y plebiscitos. Por medio de dichas instancias se escoge a los representantes —“las autoridades que esta Constitución establece”—, mientras la ciudadanía se retira a sus asuntos privados. Dicha forma de comprender la intervención popular impactó la configuración de la ciudadanía, cuya condición habilitante es la mayoría de edad.

Esta comprensión, sostuve, corresponde a la versión legal de la ciudadanía que se encuentra, como es evidente, restringida para el y la adolescente. Junto a ella convive, casi en tensión, una concepción política de la ciudadanía, la que se construye a partir del, pero sin agotarse en él, ejercicio de derechos constitucionales. Una interpretación coherente de la Constitución no puede limitar la participación ciudadana únicamente a las instancias de votación, a riesgo de no atender las diversas formas de intervención que se encuentran reconocidas en la misma y protegidas por derechos. La ciudadanía política trae de la mano, además, una vigorización de la agencia política

de niños, niñas y adolescentes. Considerados como sujetos extraños bajo la ciudadanía legal, bajo la cara político-constitucional de la ciudadanía pasan a transformarse, en cambio, en sujetos autónomos cuya agencia política no puede negarse.

¿Es esto suficiente para garantizar la *igual* ciudadanía política de niños, niñas y adolescentes? No hay duda que no. Wall (2011, p. 94) ha argumentado convincentemente que las diversas teorías que han contribuido a avanzar en el reconocimiento de la agencia política de niños, niñas y adolescentes, no obstante sus buenas intenciones, carecen de herramientas para reconocer y hacerse cargo de los reclamos representativos específicos de la infancia. ¿Qué es lo que hace falta? Una teoría de la representación que, junto con reconocer la situación de especial vulnerabilidad de la infancia, reconozca, no obstante lo anterior, su igual dignidad y agencia.³⁹ Se requiere una teoría de la representación abierta a aceptar que la participación política de niños, niñas y adolescentes sea diferente y, no obstante, igualitaria. Una teoría, para decirlo de otro modo, que sea responsiva al reclamo de adecuación y que, sin embargo, no niegue, por ello, su condición de miembros de la comunidad política (Lister, 2008, p. 11; Moosa-Mitha, 2005). Se trata, como lo indica Lister (2008, pp. 16-7), de un “universalismo diferenciado”.

En palabras de Wall (2011, p. 94), se necesita repensar el campo de la representación política y de (re)orientarla a una forma de reconocimiento que sea, a un tiempo, interdependiente y diferente. Esto es, una forma de representación que acepte que los diferentes actores políticos –niños incluidos– se encuentran en una relación de interdependencia con otros grupos sociales –como los adultos–, pero que requieren una adecuación diferenciada de las estructuras participativas que les permita un acceso significativo al ejercicio del poder. Ello no ocurre, desde luego, cuando los beneficios de los que han disfrutado los adultos se extienden unilateralmente a la infancia. Y tampoco es evidente que ocurra bajo un esquema de reconocimiento de derechos –no obstante se trata de un importante paso adelante. Al final

³⁹ Resulta hasta cierto punto sorprendente, aunque sin embargo necesario, que deba explicarse que la situación de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales no puede servir de excusa para justificar, precisamente, su especial situación de opresión política.

del día, las estructuras sociales, políticas y culturales en que esas formas deberán desplegarse seguirán correspondiendo a espacios copados por el mundo adulto.

¿Qué se requiere? Se necesita que el Estado adopte medias positivas o afirmativas que permitan crear estructuras adecuadas para la participación significativa de niños, niñas y adolescentes. La diferencia, en este caso, no debiera generar exclusión, sino que, en cambio, titularidad para reclamar obligaciones. En este sentido, el Estado –en otras palabras, la comunidad política– tiene la responsabilidad de responder “a la mayor diversidad posible de experiencias sociales” (Wall, 2011, p. 95) y, en consecuencia, responder a niños, niñas y adolescentes. Nótese que este reclamo encuentra correlato en las obligaciones internacionales contraídas voluntariamente por el Estado de Chile. En efecto, la CDN reconoce una serie de derechos que configuran lo que Roche (2005, p. 49) ha venido en llamar la “ciudadanía social de NNA”. Se trata de derechos, como el propio derecho a ser oído que la CDN contempla en su artículo 12, que facultan a niños, niñas y adolescentes para intervenir “en todos los asuntos que afecten al niño”. La nota distintiva de este reconocimiento, sin embargo, y que lo diferencia del ejercicio autónomo –y libre– de derechos expresivos, como la libertad de opinión y el derecho de reunión, es que este derecho a ser oído es esencialmente un derecho que impone deberes al Estado.

En efecto, la interpretación de este derecho en la toma de decisiones públicas ha apuntado, en línea con lo que se ha venido advirtiendo en esta última sección, a enfatizar la obligación de los Estados parte, entre ellos Chile, de proveer oportunidades que permitan a niños, niñas y adolescentes ser escuchados en todas las áreas de sus vidas (UNICEF, 2007, p. 155). Esta obligación se extiende a decisiones que se adopten tanto en su “comunidad local como a nivel nacional e internacional” (Parkes, 2008, p. 2). A diferencia del ejercicio de derechos, donde la responsividad estatal dependerá de las circunstancias políticas específicas, en el caso de niños, niñas y adolescentes se espera que los Estados establezcan “estructuras «institucionalizadas» de largo aliento que faciliten la expresión de las visiones de los niños...” (Parkes, 2013, p. 182).

Este es el desafío de la institucionalidad chilena y es, a un tiempo, el horizonte normativo hacia donde debe apuntar el reconocimiento de la agencia política y de la igual dignidad de niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1978). Sesión 361^a, 27 de abril de 1978, (del Tomo X de la versión disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r).
- Archard, David (2004). *Children. Rights and childhood*. Abingdon y Nueva York: Routledge, 2^a edición.
- Barcia, Rodrigo (2006). “Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después”. En *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 7.
- Barcia, Rodrigo (2013). “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”. En *Revista Ius et Praxis* Año 19, N°2.
- Barendt, Eric (2007). *Freedom of Speech*. Oxford-Nueva York: Oxford University Press (2^a edición).
- Barros, Enrique coord. (1991). *Familia y Personas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bellamy, Richard (2008). *Citizenship: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Berlin, Isaiah (2005). “Two concepts of liberty”. En Berlin, Isaiah *Liberty* (Henry Hardy ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Cea, José (2002). *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cockburn, Tom (2013). *Rethinking Children’s Citizenship*. Londres: Palgrave Macmillan.
- Contreras et al., Carlos (2005). “Participación política no convencional: cultura de protestas vs. culturas institucionales”. En *Revista Polis* Vol. 1 N° 1.
- Correa, Sofía y Ruiz-Tagle, Pablo (2010). *Ciudadanos en Democracia*. Santiago: Debate.

- Correa, Rafael y Crotti, Egidio (2008). “Presentación”, en Cristián Bellei et al. (eds.) *La Agenda Pendiente en Educación: Profesores, administradores y recursos: propuestas para la nueva arquitectura de la educación chilena*. Santiago: Universidad de Chile - UNICEF.
- Cortés, Julio (2001). “Acerca del principio del interés superior del niño”. En Corporación Opción (ed.), *Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas*. Santiago: Corporación Opción.
- Couso, Jaime (2006). “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”. En *Revista de Derechos del Niño N° 3-4*. Santiago: UNICEF – Universidad Diego Portales.
- Cristi, Renato (2000). *El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad*. Santiago: Lom.
- Díaz de Valdés, José (2010). “Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes”. En *Revista Chilena de Derecho N° 37*.
- Dixon, Rosalind y Nussbaum, Martha (2012). “Children’s rights and a capabilities approach: the question of special priority”. En *Cornell Law Review N° 97*.
- Dodds, Malcolm (2004). *Family Law*. Londres: Old Bailey Press.
- Ely, John H. (1980). *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Freeman, Michael (2006). “Tomando más en Serio los Derechos de los Niños”. En *Revista de Derechos del Niño N° 3-4*. Santiago: UNICEF – Universidad Diego Portales.
- Gargarella, Roberto (2007). *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Glaeser, Edward et al. (2007). “Why does democracy need education?” En *Journal of Economic Growth Vol. 12 N° 2*.
- Goodin, Robert y Lau, Joanne (2011). “Enfranchising incompetents: suretyship and the joint authorship of laws”. En *Ratio N° XXIV*.
- Graham, Anne y Fitzgerald, Robyn (2010). “Progressing children’s participation: Exploring the potential of a dialogical turn”. En *Childhood Vol. 17 N° 3*.
- Griffin, James (2002). “Do Children have rights?” En Archard, David y Macleod, Colin (eds.), *The Moral and Political Status of Children*. Oxford: Oxford University Press.

- Habermas, Jürgen (1998). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- Herrera, Marisa (2009). “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”. En *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 11, pp. 107-143. Santiago: UNICEF.
- Jans, Marc (2004). “Children as citizens. Towards a contemporary notion of child participation”. En *Childhood*, Vol. 11 N°1.
- Lehmann, Carla (1998). “La Voz de los que no votaron”. En *Puntos de Referencia – CEP*, N° 197.
- León, Avelino (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lister, Ruth (2007). “Why citizenship? Where, when and how Children?” En *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 8 N° 9.
- Lister, Ruth (2007). “Unpacking Children’s Citizenship”. En Invernizzi, Antonella y Williams, Jane (eds.), *Children and Citizenship*. Londres: Sage Publications.
- Lovera, Domingo (2008). “Libertad de Expresión”. En *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2008*, Santiago: Universidad Diego Portales.
- Lovera, Domingo (2009). “Niño, adolescentes y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”. En *Revista Justicia y Derechos del Niño: de la protección de la autonomía* N° 11. Santiago: UNICEF.
- Lovera, Domingo (2009b). “Libertad de expresión e interés superior del niño”. En *Revista Chilena de Derecho Privado* N°12.
- Lovera, Domingo (2009c). “Protesta Social y Derechos Humanos”. En *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Lovera, Domingo (2010). “El mito de la libertad de expresión en la creación artística”. En *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXIII, N° 1.
- Lovera, Domingo (2015). “Toma de colegios (y protestas). Comentario de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23.540-2014”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 22 - N° 1*.
- Marshall, Pablo (2010a). “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° XXXV.

- Marshall, Pablo (2010b). “La pena y la ciudadanía: problemas constitucionales”. En Cazor, Kamel y Salas, Carolina (coords.), *Estudios Constitucionales*. Santiago: Librotecnia.
- Marshall, Pablo (2012). “Notas sobre los modelos para la extensión de la ciudadanía”. En *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte) N°2*.
- Marshall, Pablo (2016). “El derecho a sufragio de los menores de edad: capacidad y edad electoral”. En *Revista de Ciencia Política (en prensa)*.
- Martínez, Loreto; Silva, Carmen y Hernández, Ana (2010). “¿En qué ciudadanía creen los jóvenes? Creencias, aspiraciones de ciudadanía y motivaciones para la participación sociopolítica”. En *Psyche Vol. 19 N° 2*.
- Milne, Brian (2005). “Is ‘participation’ as it is described by the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) the key to children’s citizenship?”. En *Journal of Social Sciences: Children’s Citizenship: An emergent discourse on the rights of a child N°9*.
- Mizala, Alejandra (2007). “La Economía Política de la Reforma Educacional en Chile”. En CIEPLAN, *Serie Estudios Socio/Económicos, N° 36*.
- Moosa-Mitha, Mehmoona (2005). “A difference-centred alternative to theorization of children’s citizenship rights”. En *Citizenship Studies Vol. 9 N°4*.
- Mouffe, Chantal (2005). *On the Political*. Nueva York: Routledge.
- Nussbaum, Martha (1997). “Capabilities and human rights”. En *Fordham Law Review N° 66*.
- Nussbaum, Martha (2007). *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Parkes, Asiling (2008), “Tokenism versus genuine participation: Children’s Parliaments and the right of the child to be heard under international law”, en *Willamett Journal of International Law & Dispute Resolution Vol. 16*.
- Parkes, Asiling (2013). *Children and International Human Rights Law. The Right of the Child to be Heard*. Abingdon y Nueva York: Routledge.
- Peleg, Noam (2013). “Reconceptualising the Child’s Right to Development: Children and the Capability Approach”. En *International Journal of Children’s Rights N°21*.
- Ribera, Teodoro (2005). “Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad”. En Francisco Zúñiga (coord.), *Reformas Constitucionales*. Santiago: Lexis Nexis.

- Roche, Jeremy (2005). "Children, Citizenship and Human Rights". En *Journal of Social Sciences: Children's Citizenship: An emergent discourse on the rights of a child* N°9.
- Sandoval, Juan (2003). "Ciudadanía y juventud: el dilema entre la integración social y la diversidad cultural". En *Revista Última Década-CIDPA* N° 19.
- Sandoval, Mario (2005). "Jóvenes y exclusión (una difícil y compleja relación)", Centro de Estudios en Juventud – Universidad de Santiago de Chile, disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/chile/ceju/jovenes.doc>
- Siegel, Reva (1997). "Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action". En *Stanford Law Review* N° 49.
- Thomas, Nigel (2007). "Towards a theory of children's participation". En *International Journal of Children's Rights* N° 15.
- Tomkins, Adam (2009). "The changing nature of citizenship in Britain: constitutional and legal perspectives". En Greve, M.S. y Zöller, M. (eds.), *Citizenship in America and Europe: beyond the nation-state?* Washington D.C.: AEI Press.
- Unger, Roberto (1996). *What Should Legal Analysis Become?* Londres y Nueva York: Verso.
- UNICEF (2007). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. UNICEF: Ginebra.
- Urzúa, Germán (1991). *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Vargas, Macarena y Correa, Paula (2011). "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile". En *Revista Ius et Praxis Año 17* N° 1.
- Verdugo, Mario et al. (1999). *Derecho Constitucional Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vivanco, Ángela (2004). *Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Waldron, Jeremy (ed. 1987). *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of the Man*. Nueva York: Methuen & Co.
- Waldron, Jeremy (2007). *Derecho y Desacuerdo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

- Wall, John (2011). "Can democracy represent children? Toward a politics of difference". En *Childhood Vol. 19 N° 1*.
- Weithorn, Lois y Campbell, Susan (1982). "The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions". En *Child Development N° 53*.
- Young, Iris (2002). *Inclusion and Democracy*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

Sentencias

- 12° Juzgado Civil de Santiago (2001): Rol N° 4.173, 12 de junio.
- 25° Juzgado Civil de Santiago (2002): Rol N° 2.755, 19 de noviembre.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta (2009): Rol N° 36, 6 de marzo.
- Corte de Apelaciones de Arica (2011): Rol N° 217, 19 de junio.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Rol N° 5.717, 12 de diciembre.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2006b): Rol N° 5.771, 22 de diciembre.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2007): Rol N° 5.589, 19 de enero.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Rol N° 39022, 18 de agosto.
- Corte Suprema (2007): Rol N° 37-2007, 30 de enero.
- Corte Suprema (2007b): Rol N° 720, 19 de abril.
- Corte Suprema (2007c): Rol N° 852, 28 de mayo.
- Corte Suprema (2009): Rol N° 1.740, 23 de abril.
- Corte Suprema (2011): Rol N° 7.016, 5 de octubre de 2011.
- Corte Suprema (2014): Rol N° 23540, 4 de noviembre.
- Tribunal Constitucional (2007): Rol N° 634, 9 de agosto.
- Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 740, 18 de abril.
- Tribunal Constitucional (2011): Rol N° 1.683, 4 de enero.

Ximena Gauché Marchetti

**El derecho a la identidad
en la infancia y la adolescencia**

El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia

1. DE LA IDENTIDAD AL DERECHO A LA IDENTIDAD: APORTES PARA SU CONCEPTUALIZACIÓN

Antes de entrar al análisis del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia –tema eje de este capítulo– parece oportuno poner en evidencia que, en general y tanto respecto de adultos como de niños, niñas y adolescentes (NNA), el derecho a la identidad ha sido un derecho de compleja y escasa conceptualización en la doctrina consultada en el medio nacional, aun pese a la directa relación que tiene con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al nombre, a la vida privada, a la honra, a la propia imagen y a otros derechos, especialmente aquellos de carácter personalísimo.

Esta cuestión es relevante ya que es en el reconocimiento del derecho a la identidad por donde debería partir la discusión sobre las vulneraciones que sufren muchas personas que se reconocen a sí mismas o son percibidas por otros como parte de alguna determinada categoría social expuesta a mayor vulnerabilidad: migrante, apátrida, refugiado, discapacitado, indígena, o gay, lesbiana, trans, bisexual o intersex, por ejemplo. Muchas veces las personas son “castigadas” por lo que ellas consideran su identidad, castigos que toman la forma de discriminación (exclusiones, distinciones o restricciones en el ejercicio de derechos) o de diversas manifestaciones de violencia (física,

* Abogada, Universidad de Concepción. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia (GIDHD) y Directora del Programa Interdisciplinario sobre Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia (PIIA), ambos de la Universidad de Concepción.

sicológica, verbal o, incluso, institucional), lo cual se agrava en el caso de los niños, niñas y adolescentes quienes, como recuerda el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), por su falta de madurez física y mental necesitan protección y cuidados especiales y que, por cierto, son titulares de los mismos derechos que adultos, con las precisiones que corresponden a su desarrollo y crecimiento.

Como consecuencia, tampoco la noción de identidad ha sido receptora de mayores reflexiones desde el mundo de lo jurídico, en la óptica que sigue este trabajo.

Así las cosas, para comenzar hay que decir que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, identidad es el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás”. En forma adicional, señala que es la “conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.

En relación a estos conceptos dice Nogueira (2010, p. 298) que la identidad está compuesta por dos dimensiones: una de ellas es la constitución física de la persona y la otra es la constitución sicológica-intelectual. En sentido similar se ha dicho que, dado que la identidad es una construcción permanente, que incorpora la trayectoria de la persona y siendo un sentido otorgado por el sujeto a su propia experiencia, no puede ser compartida. Cada actor construye su propia identidad, aunque pueda compartir historias, entornos y experiencias con otros miembros de los colectivos a los cuales pertenece, existiendo entonces tantas identidades como sujetos (Toledo, 2012). A ello podemos agregar que es un concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada quien, con cómo cada quien se ve y espera ser visto y reconocido por la sociedad, incluyendo todos los aspectos que forman la personalidad individual, sean estos estáticos o cambiantes y teniendo presente las interacciones sociales en las que a cada individuo le toca participar. En la misma línea, pero incorporando expresamente la importancia del contexto, Benavente (2013) indica que la identidad es el conjunto de rasgos propios de una persona que la caracteriza frente a los demás, así como la propia conciencia que la persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás, en relación con su entorno contiguo o más cercano, político, cultural y jurídico.

Reconociendo estos elementos, de la identidad se puede decir que es una verdadera construcción en que tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de socialización, para referir las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento (Shibley Hide, J. y DeLamater, 2006, pp. 339-341) o que, en otras palabras, puede definirse como el proceso de internalización de valores, creencias y formas de percibir el mundo que son compartidas por un grupo (Martínez, 1999, p. 33). En este proceso tienen fuerte incidencia muchos actores: los padres y la familia, los educadores, los compañeros, los amigos, y hoy también los medios de comunicación y redes sociales, todo lo cual termina en un resultado que jamás es equivalente para cada individuo, aun dentro de una misma sociedad (Strong, DeVault, Sayad y Yarber, 2005, pp. 65-72). Así las cosas, en la construcción de la identidad de cada ser humano resulta básica la dinámica de socialización que cada uno experimenta y que se puede explicar más sencillamente como la forma en que vamos creando o construyendo la idea que tenemos de nosotros mismos –y de los demás– a partir del juego de cinco ideas que, desde el punto de vista sociológico, ayudan a organizar nuestra vida cotidiana: la interacción, el cuerpo, la emoción, la biografía y por cierto, la identidad¹.

Ahora bien, para ir dando contenido al derecho a la identidad, un trabajo interesante es el de Fernández, con quien se comparten algunas ideas. Desde una postura que concibe al ser humano como un ser que no es cerrado o acabado como las cosas y que es libre, entiende como identidad personal:

“(...) el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona... en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando

¹ Giddens (1997) realiza un importante estudio sobre esta cuestión y sugiere cómo están cambiando los procesos de socialización en el mundo moderno.

el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurso del tiempo, con el tiempo... Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior... Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás... La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se expalan en el mundo de la intersubjetividad... Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior” (Fernández, 1992, pp. 113-114).

A partir de la concepción de identidad que se ha señalado antes es que compartimos estos elementos básicos para conceptualizar el derecho a la identidad, particularmente la conformación dual entre lo estático y lo dinámico de ella².

Desde el punto de vista de las normas, es desde el derecho internacional de los derechos humanos donde se encuentra el aporte más significativo que se da justamente a propósito de la infancia y la adolescencia. En efecto, el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Esta disposición hay que ponerla en armonía con el artículo 7° que señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en

² Disentimos sí de la concepción que el autor muestra en la obra referida sobre la “identidad sexual” pues parece adherir a la consideración de la operación de reasignación de sexo para poder cambiar esta “identidad sexual” –en el caso de las personas en que hay disociación entre su sexo y su género– como exigencia de orden público y requisito elemental, a partir de ciertas categorías que confunde, como género y orientación sexual, usando además en algunos apartados un lenguaje atrasado. En todo caso, ello puede deberse a la fecha en que se ha escrito la obra (Fernández 1992, pp. 316-329).

la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Ya se verá cómo el tenor literal de estas dos disposiciones ha dado pie a que el derecho a la identidad de los niños se vincule preferentemente a su nombre, nacionalidad y filiación u origen familiar, cuestión que ha dado paso con el tiempo a una interpretación más amplia del sentido de la identidad de niños, niñas y adolescentes, posición en la que se sitúa este trabajo, pues en ellos tiene especial relevancia esta comprensión para el ejercicio y evolución de sus capacidades y autonomía progresiva.

Otros tratados internacionales también han recogido este derecho. Por la vinculación directa para Chile por vía del sistema de quejas individuales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dirán algunas ideas sobre el sistema interamericano.

Si bien no se contempla expresamente el derecho a la identidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, por la relación interpretativa de sus normas que se puede hacer con fundamento en el artículo 29 del mismo tratado, es posible entender el derecho a la identidad como parte del *corpus iuris* de derechos que protege ese instrumento, encontrando que de manera reciente ha habido un desarrollo notable que apunta en ese claro sentido progresivo y en vinculación con otros derechos. Efectivamente, la jurisprudencia del sistema interamericano da cuenta de casos significativos por el aporte que han dejado a la conceptualización y descripción de este derecho. Ellos son Gelman con Uruguay (2011)³; Contreras y otros con El Salvador (2011)⁴; Fornerón con Argentina (2012)⁵, Atala Riffo y Niñas con Chile (2012)⁶; y Artavia Murillo y otros con Costa Rica (2012)⁷.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Contreras y otros vs. El Salvador*, Serie C No. 232.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Fornerón vs. Argentina*, Serie C No. 242.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Serie C No. 239.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Serie C No. 257.

De ellos, un antecedente especialmente relevante para el tema de este apartado lo proporciona el caso *Artavia Murillo*. En esta sentencia se liga identidad con derechos como la vida privada, la libertad, el desarrollo personal y la autonomía. Dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso, que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior⁸; asimismo, que la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Esta jurisprudencia es emblemática por el avance sustancial que supuso en estas comprensiones y debe ser tenida en cuenta por el ánimo que se viene evidenciando, en general en el sistema interamericano, por ir creando un *corpus iuris commune* a los diferentes Estados partes, lo que se viene haciendo exigible por medio de la doctrina del control de convencionalidad.

También en el ámbito de los desarrollos jurisprudenciales, pero ahora de derecho comparado, y con base entonces en otros ordenamientos locales, un antecedente relevante proviene de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la cual, en 2008, estableció que el derecho a la identidad personal se conceptualiza “como el derecho que tiene toda persona a ser sí mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros; la forma en que un individuo se visualiza y se proyecta en la sociedad; y por ello, se encuen-

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, Serie C No. 257, párrafo 143.

tra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad...”. Se especificó en esta histórica decisión de la justicia mexicana que la identidad personal será a partir de la cual la sociedad identifica a cada individuo y lo distingue de los demás, a través de elementos o datos como el nombre, sexo, filiación, edad, calidades personales, atributos intelectuales o físicos, etcétera, o bien, de la conjunción de todos o algunos de ellos.⁹

En el caso chileno, partiendo de la idea que la discusión doctrinaria sobre el derecho a la identidad no se ha manifestado con fuerza, vamos a distinguir lo normativo del desarrollo jurisprudencial.

Si bien la Constitución Política de 1980 no incluye expresamente el “derecho a la identidad”, las bases del orden constitucional chileno desde lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2°, que complementaría nuestro derecho nacional con el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto norma de reenvío, sirven de fundamento suficiente para entenderlo así y aceptar que debe ser protegido como derecho fundamental, dando así a este artículo la interpretación más favorable a la persona. En efecto, como se ha dicho, el derecho a la identidad está garantizado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos normativos vigentes en Chile; el derecho a la integridad, la vida privada, la honra y la intimidad están garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y se ha dado su reconocimiento por los tribunales regionales de derechos humanos a partir de una comprensión amplia de la vida privada y la libertad,

⁹ Esta sentencia se dictó en un histórico caso sobre transexualidad y derecho a la identidad. En ella, además de conceptualizar el derecho a la identidad, se hace una vinculación entre sexualidad e identidad. “(...) Asimismo... implica el derecho a la identidad sexual, ya que cada individuo también se proyecta desde su perspectiva sexual, pero no sólo en cuanto a su orientación sexual, sino en la manera que él se percibe, de acuerdo a su psique, emociones o sentimientos, esto es, dicha identidad no sólo se integra a partir de su aspecto morfológico, sino de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma, ya que la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique que forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo; de ahí que la protección constitucional incluya la libre decisión de la sexualidad”. Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Amparo Directo Civil 6/2008, sobre rectificación de acta por cambio de sexo.

como puede desprenderse de casos emblemáticos, uno de ellos el ya citado *Atala Riffo y Niñas* precisamente contra Chile.¹⁰

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha mostrado una posición favorable respecto al reconocimiento del derecho a la identidad bajo esta línea argumental que lo liga a los tratados internacionales y basado en su vinculación con el concepto de dignidad humana. En sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha dicho que “debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”.¹¹ En un pronunciamiento anterior se recoge la misma línea argumental positiva y su relación con la dignidad humana: “El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Atala Riffo y Niñas contra Chile*, Serie C No. 239.

¹¹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol N° 1340-9.

cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”.¹²

A nivel de jurisprudencia de los tribunales superiores, en tanto, también se observa cómo el derecho a la identidad encuentra reconocimiento en la línea conceptual que se ha expuesto antes en este trabajo. En sentencia de 2005, ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago que “...el derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades tanto biológicas como de aquellas referidas a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”.¹³ El mismo tribunal, unos años más tarde, reforzó el planteamiento al señalar que resulta evidente que el nombre, como atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, determina su relación con la sociedad y lo distingue frente a los demás.¹⁴

Así las cosas, es ineludible asumir que el derecho a la identidad tiene existencia normativa, con un contenido amplio de atributos para cada persona y que, además, forma parte de los derechos que suelen calificarse de personalísimos para su reconocimiento y exigibilidad.

Vamos ahora a referirnos a la identidad y el derecho a ella en la infancia y la adolescencia. En este punto se deja establecido, desde ya, que la tesis que guía este trabajo es la necesidad de reconocimiento, respeto y protección de este derecho de forma reforzada para niños y niñas pues en ellos la construcción de la identidad tiene directa relación con el ejercicio y evolución de sus capacidades y autonomía progresiva.

2. LA IDENTIDAD INFANTIL: TAMBIÉN UNA CUESTIÓN DE DERECHOS

Al partir, conviene recordar que, si bien la socialización de la infancia como una categoría especial y que requiere de un marco de protección y tratamiento adecuado se viene trabajando hace ya un tiempo, la adopción de la

¹² Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 834.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 8438-2005, considerando 12.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 2541-2009, considerando 4°.

CDN en 1989 marca un cambio en el paradigma y el nacimiento de nuevos estándares, poniendo a niños, niñas y adolescentes como sujetos y titulares claros de derechos, cambiando la noción que se tenía de ellos.

En efecto, durante mucho tiempo los niños fueron asimilados en sus asuntos a los adultos, con un paulatino protagonismo tomado por la familia y el Estado en los procesos de educación y formación, marcado esto, a su vez, por procesos como la consolidación del individualismo y el aumento sostenido de la expansión del Estado en el camino por establecer un modelo social en que toma un rol relevante en moldear las conductas y las instituciones (Rojas, 2007). Este modelo estimaba que los niños eran incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones o tomar sus decisiones, generando la intervención proteccionista del Estado que distinguía entre “niños” cuando tenían cubiertas sus necesidades esenciales y “menores” cuando no las tenían y formaban parte entonces de una población en “situación irregular”. La idea, de alguna manera, se recoge en los primeros instrumentos internacionales que van a tratar de dar un marco regulador a la infancia y sus asuntos, a pesar de los intentos que surgieron desde la literatura y la educación, y luego desde otros ámbitos, por introducir una perspectiva de derechos (Rojas, 2007, pp. 129-164). Así por ejemplo, sin cambiar sustancialmente el enfoque sobre cómo tratar las cuestiones de infancia, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba el 20 de noviembre de 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, la cual constaba de diez principios orientadores y que centraba su enfoque en la asistencia social, es decir, en proteger a la infancia (UNICEF, 2008, pp. 4-5), haciendo poco énfasis en potenciar su autonomía progresiva o en el respeto de la formación de su propia identidad.

A partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño¹⁵ y de la aprobación en ese mismo año de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer¹⁶, se comienza a discutir decididamente sobre la necesidad de redactar un texto con nuevos principios, lo que desembocó en la elaboración y aprobación de la Convención sobre

¹⁵ Doc. UN A/RES/34/4.

¹⁶ Doc. UN A/RES/34/180.

los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Este tratado va a cambiar definitivamente el modelo sobre la infancia, desde uno asistencial a otro que considera al niño, niña y adolescente como un pleno sujeto de derechos, bajo el paradigma de la integralidad y la universalidad, y regulando las relaciones del niño con la familia, la sociedad y el Estado, desde su entrada en vigor en el ámbito internacional el 2 de septiembre de 1990.

Este nuevo modelo toma como principios rectores o estructurales la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y la participación y respeto a la opinión del niño, además de la autonomía progresiva. La Convención, de esta forma, declara que los niños son individuos con pleno derecho de desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones, contemplando cuatro categorías de derechos: derechos a la supervivencia; derechos al desarrollo; derechos a la protección; y derechos a la participación. Ellos se enmarcan en los principios antes indicados y especialmente en la idea de su autonomía progresiva para el ejercicio de tales derechos, conforme su edad y madurez.

Entre esos derechos se encuentra el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes que pasa entonces a tener consagración normativa internacional.

Como ya se apuntó, el artículo 8° de la CDN señala que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Por su parte, el artículo 7° señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Esta consagración debe entenderse en directa relación y armonía con los principios rectores de la misma Convención: con el principio de no discriminación (artículo 2°), que es además directriz de todo el sistema internacional de protección de derechos humanos como forma de materializar la igualdad entre las personas; con el principio y derecho a que su interés superior sea la consideración primordial en toda decisión que le concierna (artículo 3°); con el principio y derecho a que pueda expresar su

opinión libremente y se tenga en cuenta en las decisiones, en función de su edad y madurez (artículo 12) y con el respeto que el Estado debe dar a quienes ejercen responsabilidad parental o a quienes están legalmente encargados de impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades (artículo 5º). Todo lo anterior es consecuencia de la asunción de la idea de que en el caso de los niños el ejercicio de derechos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.¹⁷

Antes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, si bien no definió ni reguló el derecho a la identidad, consagró para niños y niñas ciertos derechos que están directamente relacionados con la identidad, tales como el derecho a ser inscrito al nacer y el derecho a adquirir una nacionalidad.¹⁸

Por otra parte y luego de la adopción de la CDN, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 1992, sostuvo en el artículo 20 que: “(...) La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales”. Esta disposición se ve reforzada por la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en vigor desde el año 2010, que indica en su artículo 25 que los Estados Partes deben tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 98.

¹⁸ “Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada. Agrega que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para buscar e identificar a tales niños y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables, todo ello teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados y su derecho a resguardar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley. Además, que deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada, constituyendo en toda circunstancia una consideración primordial el interés superior del niño, así como el derecho a expresar libremente su opinión, en función de su edad y madurez. En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, indica en su artículo 12 que los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

De esta manera, a partir de la consagración del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia, fenómenos como la desaparición forzada de personas, junto con la ocultación de la identidad de sus hijos e hijas, propios de Estados con quiebres institucionales violentos, fueron vistos desde la afectación grave de esos niños y niñas al no permitir el acceso a su filiación o, tal vez peor, haciéndoles creer que una determinada filiación legal es la verdadera, con lo cual se le priva de rasgos propios en la conformación identitaria y su derecho a la misma, entendiendo que además puede traer problemas en otras manifestaciones de la identidad, como los aspectos culturales o nacionales, por ejemplo.

Como se aprecia, la consagración del derecho a la identidad para infantes y adolescentes ha ido fuertemente vinculada entonces a su origen familiar, en

diferentes circunstancias. Ello parece adecuado si se piensa que tal vez la primera y más evidente manifestación –también la más formal, por cierto– de nuestra identidad es la que tiene que ver con nuestros documentos formales de identidad, que nos indican quiénes somos y nuestros orígenes.

Ahora bien, además de esta manifestación debemos considerar otras –tal vez más complejas– como lo que tiene que ver, por ejemplo, con la apariencia física, las creencias y otros aspectos, dando así al derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes la dimensión particular que tiene desde la comprensión amplia en que se sitúa como posición este trabajo.

Así, por lo demás, lo viene concibiendo el sistema internacional. En efecto, se entiende que el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes que consagra la Convención importa una protección que va más allá del nombre, nacionalidad y origen familiar –tema este último principalmente tratado cuando la doctrina refiere al derecho a la identidad de los niños¹⁹– sino que se extiende también a su historia personal desde el nacimiento, su raza, su cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual (UNICEF, 2015).

Este es el enfoque que ha dado contemporáneamente el Comité de los Derechos del Niño, órgano de vigilancia de la Convención. Ha dicho este Comité, a propósito de la evaluación y determinación del interés superior, que esta 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, y que 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 en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. Es decir, la

¹⁹ En ese sentido, véase González (2011, pp. 107-133) y Corral (2010, pp. 57-88).

determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, agrega el Comité, la evaluación del interés superior por cualquier responsable de toma de decisiones abarca los mismos elementos. Entre estos, y en una lista no exhaustiva ni jerárquica, con el fin último de garantizar al niño su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico, se encuentra la identidad del niño, junto con su opinión, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, y su derecho a la salud y la educación.²⁰

Precisando sobre la identidad de los niños, el Comité remarca que no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad, todo lo cual queda protegido por el artículo 8º de la CDN. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. Agrega que, si bien deben tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.²¹

²⁰ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párr. 48-84.

²¹ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párr. 55-57.

Por su parte, la Corte Interamericana ha reforzado una concepción amplia de la identidad en la niñez a propósito del caso Fornerón con Argentina (2012),²² señalando que si bien no es exclusivo de los niños, el derecho a la identidad tiene una importancia especial durante la infancia, recordando que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Añade la Corte que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.

Como queda de manifiesto entonces, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes es fundamental para su desarrollo integral como sujetos e incide directamente en el ejercicio pleno de sus otros derechos. De ahí que su reconocimiento y su ejercicio pleno, desde la conciliación con el pleno respeto a su autonomía progresiva para ir moldeando su propia y personal identidad, de acuerdo con los principios rectores de la infancia como ya se apuntó, resulta un tema de especial relevancia con particularidades propias de las que la familia, la sociedad y el Estado deben hacerse cargo.

Este derecho ha sido recogido por ordenamientos internos comparados aunque no siempre con el amplio sentido de la identidad que viene defendiendo este trabajo. Por otra parte, en algunos casos ha sido no solo por medio del reconocimiento normativo sino que además acompañado de una garantía reforzada, vinculada a veces a cláusulas de no discriminación, para evitar que esta se produzca por las características que forman la identidad de cada niño o niña y que se cumpla con el imperativo de respeto a que alude la CDN. Además, encontrando en algunos de los casos consultados una clara diferenciación entre la identificación y el origen familiar, como parte de los atributos del derecho a la identidad, respecto de otros aspectos más

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Fornerón vs. Argentina*, Serie C No. 242, párr. 123.

ligados a las características de individuación más subjetivas o a la configuración de otros derechos estrechamente vinculados con la identidad.

Así, por ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, Ley 17.823 del año 2004, establece en el artículo 9 que la identidad es un derecho esencial de niños, niñas y adolescentes, a la par de la vida, dignidad, libertad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, beneficios de seguridad social y trato igualitario. Esta consagración resulta coherente con la protección a la infancia que se mandata en el Capítulo II de la sección II, “Derechos, deberes y garantías”, de su Constitución Política.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, de 2003, en el Capítulo III sobre los derechos relacionados con el desarrollo, consagra en el artículo 33 el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes y el derecho a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley, siendo obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho. Luego, en el artículo 34 consagra específicamente el derecho a la identidad cultural, mientras que en el artículo 35 refiere al derecho a la identificación. La Constitución Política de Ecuador de 2008, en tanto, vino a reforzar la importancia de la identidad, además de la protección especial y de la condición de grupo de protección prioritaria de los niños, niñas y adolescentes, en su artículo 35, así como en su artículo 44 y siguientes; específicamente, en el artículo 45 se reconoce el derecho a la identidad.

El Salvador, a su vez, contempla expresamente en el artículo 73 de su Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de 2009 que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación materna y paterna filiales, y a la obtención de documentos públicos de identidad, consagrando en el artículo 74, por su parte, el derecho a la identificación registral. Ello, por cierto, bajo un marco constitucional que optó por considerar persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción (artículo 1º) y que parece privilegiar un modelo de familia basado

en el matrimonio entre un hombre y una mujer como su fundamento legal, como se podría desprender de los artículos constitucionales 32 y siguientes.

La legislación española, en tanto, consagra la preservación de la identidad como un criterio a la hora de evaluar y aplicar en cada caso el interés superior de un menor de 18 años en su Ley 1/1996, Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Mientras, en la Constitución de 1978 establece en su artículo 39 la protección a la familia y a la infancia como un principio rector de la política social y económica del país, y que los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Esto es consecuente entonces con la décima disposición constitucional en su numeral 2, que dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por su parte, el Código de Niños y Adolescentes peruano, Ley 27.337 de 2000, consagra en el artículo 6 el derecho a la identidad, señalando que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, estableciendo en el mismo inciso que tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Su Constitución Política, en tanto, recoge expresamente una consagración del derecho a la identidad en el artículo 2.1, en el marco de la protección especial que la comunidad y el Estado deben a los niños, conforme el artículo 4.

México a su vez, también da reconocimiento al derecho a la identidad en el artículo 13 de su Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2014. Su Constitución, por su parte, reconoce expresamente este derecho en el artículo 4 y, conforme a la reforma constitucional introducida en el año 2011 por el artículo 1, las personas gozan de los derechos constitucionales y aquellos establecidos en los tratados internacionales de que México es parte; y dispone además que todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán no solo de conformidad con el texto constitucional de la Nación sino de acuerdo con los tratados internacionales

de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, lo cual da marco a la incorporación clara de los estándares internacionales en la materia que ocupa este capítulo.

Argentina, en tanto, en la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de 2005, consagra el derecho a la identidad en el artículo 11 de forma ampliada, lo que ha sido seguido en coherencia con otros cambios legislativos del país, por ejemplo, con un nuevo Código Civil desde 2015.

Chile no cuenta al inicio del año 2016 con una legislación sobre infancia y adolescencia que pudiera dar cabida al derecho a la identidad para niños, niñas y adolescentes de manera expresa, ni lo reconoce expresamente a nivel constitucional. En octubre de 2015 fueron presentados sendos proyectos de ley al Congreso Nacional para adecuar nuestro sistema interno a esta carencia de legislación. En el proyecto que crea un sistema de garantía de derechos de la niñez se consagraría el derecho a la identidad en el artículo 12 con una mirada que parece relativamente acorde con los estándares internacionales como contenidos de mínimo²³. Habrá que ver qué destino tiene la tramitación legislativa de este proyecto y la eventual reforma constitucional propuesta por el segundo gobierno de Michelle Bachelet en lo que toca a los derechos que expresamente se consagren o las fórmulas que se utilicen para articular el ordenamiento nacional con el internacional de derechos humanos.

²³ Proyecto de Boletín No.10315-18, Proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez. Artículo 12.- Derecho a la identidad. Todo niño tiene derecho, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y una lengua de origen; a conocer la identidad de sus padres; a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley; a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia. Los niños que pertenezcan a colectivos étnicos, indígenas, religiosos o lingüísticos tienen derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma, y a intervenir en los procedimientos de consulta cuando lo establezca la ley. El Servicio de Registro Civil e Identificación dispondrá de procedimientos sencillos y rápidos que permitan la inscripción de nacimiento de los recién nacidos y su identificación oportuna, con independencia de su estatus migratorio o del de sus padres. En el caso que se desconozca la identidad de los progenitores del niño, éste deberá ser registrado con nombre y dos apellidos convencionales, dejándose constancia en la partida correspondiente, y sin perjuicio del derecho a reclamar posteriormente la determinación de su identidad.

Así las cosas, constatado que en los niños se proyecta con vital importancia el derecho a la identidad en su reconocimiento, respeto y garantía, parece útil poner esta idea en perspectiva práctica. Ello, porque hay muchos niños para quienes es justamente su identidad la que incide en situaciones específicas de vulneración de derechos. Como se ha destacado (UNICEF, 2015), es el caso de los niños migrantes –o de familias migrantes–, con capacidades diversas, los indígenas y los que pertenecen al grupo conocido como LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex). Sobre este último grupo se harán algunas reflexiones en el apartado siguiente, desde la realidad nacional y a modo de ejemplo, también teniendo en vista la emergencia de este tema como uno que requiere abordaje desde el mundo de los derechos. Además, porque es tal vez en este aspecto –la identidad sexual de niños, niñas y adolescentes– donde se proyecta con más evidencia la necesidad de reconocer este derecho, en el marco a su vez del ejercicio de la autonomía progresiva.

3. IDENTIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO EJEMPLO DE LA NECESIDAD DE RECONOCER, RESPECTAR Y GARANTIZAR EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Vinculando la cuestión de la identidad sexual con los derechos sexuales y reproductivos de las personas, surge la invisibilidad permanente en las etapas de la infancia y la adolescencia. “Al intentar definir los derechos sexuales y reproductivos, se evidencia la falta de una discusión en profundidad sobre los derechos de niñas y niños, pues mientras que desde algunas posturas se reivindica su titularidad... se sigue justificando la limitación para ese mismo grupo etario de algunos otros derechos...” (González, 2010, p. 266). Se postula en cambio que hay que “entender los derechos sexuales de una forma más amplia, que incluya los intereses que dan origen a estos derechos durante la infancia y la adolescencia, en función de que se trata de necesidades básicas que deben ser garantizadas a través de normas jurídicas eficaces, especialmente por tratarse de niñas y niños” (González, 2010, p. 267).

Ahora bien, la complejidad de hablar de identidad sexual infantil y particularmente de diversidad en ella, vendría dada por un generalizado

desconocimiento sobre la formación de la identidad sexual, reconducido a una falta de educación sexual integral y amplia, es decir, más allá de la educación para la salud sexual y la reproducción.

Con ese marco como contexto, frente a cualquier primera aproximación a la identidad sexual hay que hacerlo partiendo de dos premisas. En primer lugar, que la sexualidad, si bien tiene su punto de arranque en el sexo, es mucho más que eso. En segundo lugar, que la sexualidad no es un aspecto solo individual de cada individuo. Weeks (1998) plantea en esta lógica que las prácticas sexuales constituyen un producto histórico y social, más que una consecuencia universal de nuestra biología común. La sociedad opera como el principio indispensable de producción de conductas sexuales y de las significaciones que les están ligadas. La experiencia subjetiva de la vida sexual es un producto de los significados y símbolos intersubjetivos, asociados con la sexualidad en diferentes situaciones sociales y culturales. De este modo, la sexualidad es a la vez una experiencia histórica y personal. La fisiología y la morfología del cuerpo, es decir, la biología, crean las condiciones previas para la sexualidad humana: condicionan y limitan lo que es posible pero no son causa de las formas de vida sexual. Los cuerpos y la sexualidad no tienen significados intrínsecos sino que se deben concebir como un conjunto de creencias, relaciones e identidades históricamente conformadas y socialmente construidas.

Una idea matriz de este trabajo en este apartado es entonces que la sexualidad, como uno de los componentes que va construyendo la identidad de cada quien, involucra más que el sexo: incluye el género de una persona y su orientación sexual, pero también lo erótico, el amor, las formas de reproducción, las formas de manifestar el deseo sexual y muchos otros aspectos que son a la vez contenido y proyección de la condición humana de ser sexuado. Todos estos aspectos toman distintas formas y se expresan de diversos modos en cada ser humano, sea a través de palabras, gestos, sentimientos, valores, fantasías o creencias, las que vamos construyendo a lo largo de la vida, desde la infancia, y que condicionan las relaciones con los demás, puesto que forman una esencial faceta de nuestra personal identidad. En esta faceta van a intervenir factores de todo tipo a la hora de su definición: biológicos, psicológicos, sociales, económicos, culturales, políticos, religiosos, éticos y

se trata, en efecto, de dimensiones que el individuo adquiere en función del medio en que le toca nacer, criarse, desarrollarse y vivir; y también, siguiendo estudios especializados, conforme las relaciones y encuentros que ese medio desarrolla con otros y que van generando influencias recíprocas (Gauché, 2011, pp. 71-73). En este sentido, van los aportes de Weeks (1993 y 1998).

La sexualidad entonces es parte de la construcción identitaria, teniendo gran importancia en ella el proceso de socialización que se apuntó al inicio de este trabajo. La educación es determinante en esta materia como proceso continuo que permite construir y analizar sistemáticamente actitudes, valores, sentimientos, intereses, conocimientos y formas de expresar la sexualidad (Carballo, 2002, p. 30) y que, en verdad, debe empezar tempranamente. “El cuerpo sexual femenino o masculino comienza desde la concepción un proceso evolutivo de construcción de su papel sexual asignado históricamente por la cultura de la sociedad donde se nace” (Carballo, 2002, p. 34). En tal sentido, no parece correcto privar a los adolescentes de su derecho en esta materia (Carballo, 2002, p. 45). Dice Carballo (2006, p. 12) que en el caso del niño y la niña en edad preescolar:

“(…) necesitan aprender sobre expresión de sexualidad en forma natural. En esta edad los patrones de convivencia familiar orientan la mayoría de sus formas de comportamiento... Las personas adultas consciente o inconscientemente son ejemplos vivientes con sus actos cotidianos y por lo tanto, les corresponde clarificar y fortalecer sus actitudes, valores y conocimientos de su propia expresión de la sexualidad para sistematizar conscientemente una serie de acciones para la educación de la expresión de sexualidad y la inteligencia emocional de niños y niñas”.

Esta comprensión ha sido recogida en la institucionalidad internacional en el informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, de julio de 2010 (Doc. NU A/65/162), que se dedica a la cuestión del derecho humano a la educación sexual integral y que introduce la educación sexual desde el contexto del patriarcado y del control de la sexualidad, dando clara cuenta de las múltiples dimensiones de ella. Se reconoce que es una actividad inherente a los seres humanos, que abarca múltiples dimensiones personales y sociales, no obstante lo cual suele permanecer

oculta o exclusivamente ligada a la reproducción, por diferentes motivos, tanto culturales como religiosos o ideológicos, que en su mayoría están relacionados con la persistencia del patriarcalismo (Doc. UN A/65/162, párrafo 5), concibiendo además a la sexualidad como un proceso complejo que todos los seres humanos, sin excepción, construimos a lo largo de la vida y que tiene aspectos bio-psicosociales y culturales que deben contemplarse de manera integral (Doc. NU A/65/162, párrafo 10)²⁴. La falta de educación sexual conspira contra los niños para ejercer derechos como el de ser oídos, puesto que el desconocimiento de una perspectiva integral de la sexualidad facilita a veces un paternalismo jurídico y atenta también contra el rol que deben cumplir los adultos responsables en orientar y dirigir para la autonomía progresiva del ejercicio de derechos, principio que se destaca en alguna doctrina especializada nacional al hablar de infancia (Couso, 2006, pp. 150-153).

En ese contexto, este es un componente de la identidad en la infancia y la adolescencia que justifica sobradamente tener de este derecho una comprensión ampliada, más allá del origen familiar o biológico. Refuerza lo anterior la violencia de que han sido víctimas los niños y niñas lesbianas, gays, bisexuales, o trans y los efectos que produce en el desarrollo de la autonomía.

En efecto, en el caso de los menores de 18 años, como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la violencia contra niños y

²⁴ Se encarga de dar contenido a la educación para la sexualidad (Doc. NU A/65/162, párr. 16), apuntando los siguientes requisitos que debe tener la educación sexual para ser efectivamente integral: debe adaptarse en función de las diferencias etarias y culturales (Doc. NU A/65/162, párr. 12 y 13); debe buscar como una de sus perspectivas el placer y el disfrute de la sexualidad, en el marco del respeto a los demás, desterrando visiones culpabilizadoras del erotismo que restringen la sexualidad a la mera función reproductiva (Doc. NU A/65/162, párr. 16); debe brindar las herramientas necesarias para tomar decisiones en relación con una sexualidad que se corresponda con lo que cada ser humano elige como proyecto de vida en el marco de su realidad (Doc. NU A/65/162, párr. 17); debe tener una sólida perspectiva de género, considerando las normas, roles y relaciones de género, teniendo claramente presente que las cuestiones de género no son exclusivas de las mujeres, sino que abarcan también a los hombres, por lo que debe incluir de manera explícita la dimensión de las masculinidades (Doc. NU A/65/162, párr. 21); y debe prestar particular atención a la diversidad pues todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad sin ser discriminadas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género (Doc. NU A/65/162, párr. 23).

niñas lesbianas, gays, bisexuales o trans, o aquellos percibidos como tales, se manifiesta comúnmente en las familias y en las escuelas, sean públicas o privadas²⁵. Es decir, serían los contextos familiares y escolares los más adversos para el despliegue de la identidad de estos niños, niñas y adolescentes, lo que contrasta profundamente con los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño para el Estado y para la familia, padres o cuidadores.

Este dato continental es coherente con datos locales. Un estudio internacional citado por Todo Mejora (Villarreal y Vallejos, en Erazo, Gauché y Jara 2015, p. 137) señala que el bullying afecta principalmente a los y las jóvenes lesbianas, gays, bisexuales o transgénero, siendo dos veces más propensos que quienes no se reconocen como tales, al indicar que son hostigados y hostigadas verbalmente y que les dicen sobrenombres en la escuela.

Teniendo esta realidad en vista como un ejemplo especialmente relevante de la importancia del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia, y considerando que Chile no reconoce constitucionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes ni tiene una legislación integral para abordar los asuntos que vinculen a infancia y adolescencia, es evidente que es necesario reconocer normativamente y garantizar el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes como forma de respetarlo.

Las leyes actualmente en vigor y que podrían ser el marco para esa protección han mostrado ser claramente insuficientes, a la luz de los datos indicados. Tal es el caso de las leyes 20.609 (que establece medidas contra la discriminación); 20.594 (que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales y establece registro de dichas inhabilidades); 20.507 (sobre tráfico de personas); 20.539 (que prohíbe a los menores de 18 años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales); 20.536 (sobre violencia escolar); 20.422 (sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad); o la 20.370 (sobre educación), por ejemplo.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra personas LGBTI, DOC. OAS/Ser.L/V/II.rev.1. 12 de noviembre de 2015, párr. 306.

4. REFLEXIONES FINALES

Con fundamento en el derecho internacional, los niños y las niñas son sujetos de derechos desde una perspectiva de reconocimiento, respeto y garantía universal e integral, que supone una forma de tratamiento de sus derechos que solo diferencia entre los mayores y los menores de 18 años en el sentido de la representación, tutela o autoridad parental, aunque únicamente de manera temporal y desde las premisas de la igualdad de derechos y el tratamiento diferenciado solo en la medida que resulte en un mejor disfrute de derechos.

Bajo esa idea matriz, la importancia de la definición identitaria en la infancia y la adolescencia, desde una perspectiva social, psicológica, pero además desde la óptica jurídica que tienen los derechos humanos, parece un imperativo ineludible para la familia, la sociedad y el Estado.

Así las cosas, la propuesta que ha guiado este trabajo, a modo de su tesis, ha sido fomentar un abordaje integral y amplio de la identidad en la infancia y la adolescencia, asumiéndola por cierto como una cuestión de derechos, enmarcada en el ejercicio de los otros derechos de niños, niñas y adolescentes y con respeto a los principios que deben comandar ese ejercicio. En otras palabras, la propuesta es no olvidar que la identidad y su formación y respeto en sociedad, es un tema complejo y de derechos, no de moral o valoraciones individuales o grupales con pretensión de universalidad. Por ello debe estar presente de esta forma cuando se hable en Chile de reforma constitucional, de ley de garantías a la infancia, o de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes.

Esta forma de concebir y reconocer la identidad se enmarca además en los deberes que hemos asumido como Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y que debe presentar informes y responder ante el Comité de los Derechos del Niño. Este órgano ya ha dicho claramente, como se anotó antes, que este es el sentido de la identidad en los niños y que ella es clave para lograr una adecuada determinación de su interés superior, principio y fin último a alcanzar en todos los asuntos relacionados a niños, niñas y adolescentes. Además, ha sido claro en dirigir directrices a Chile consecuente con lo que se viene diciendo en este trabajo.

En efecto, en el mes de marzo de 2015, el Comité pidió al Estado chileno que en su informe periódico de ese año (correspondiente al cuarto y quinto informe del país) proporcionara información sobre las medidas tomadas para eliminar la discriminación contra los niños, niñas y adolescentes LGTBI y para protegerlos de prácticas discriminatorias en los colegios y del acoso escolar, así como de las medidas adoptadas para evitar que los niños intersex sean sometidos a intervenciones quirúrgicas innecesarias sin su consentimiento. También que refiriera a las medidas relativas a la preservación de la identidad cultural, el derecho a una educación intercultural y el derecho a ser escuchados en las decisiones que les afectan de los niños, niñas y adolescentes mapuche²⁶.

Tras las respuestas entregadas por Chile, el citado órgano de vigilancia ha manifestado en sus observaciones finales su preocupación por la infancia LGTBI y mapuche. Ha recomendado al Estado redoblar sus esfuerzos para combatir las actitudes negativas y eliminar la discriminación contra los niños sobre la base de sus características reales o percibidas de orientación sexual, identidad de género o características sexuales²⁷, que reconozca el derecho a la identidad de los niños y niñas LGTB²⁸ y, en un hecho inédito en una recomendación directa recibida por nuestro país por parte de organismos internacionales, instando a preocuparnos de los niños intersex por medio de un protocolo de atención, entre otras razones, para proteger la autodeterminación sexual del niño²⁹. En lo que refiere a la identidad de la

²⁶ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/Q/4-5. Lista de cuestiones relativa a los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 5 de marzo de 2015, párr. 8 y 16.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 25 (b) “Strengthen its efforts to combat negative attitudes and eliminate discrimination against children on the basis of their actual or perceived sexual orientation, gender identity and sex characteristics”.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 35 “(b) Recognize the right to identity of LGBTI children, including the gender identity of transgender children”.

²⁹ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 49. “In the light of its joint general comment No. 18 (2014) and No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on harmful practices, the Committee recommends that the State party expedite the development and implementation of a rights-based health care protocol for intersex children, setting the procedures and steps to be followed by health teams, ensuring that no

infancia mapuche ha dicho que Chile debe respetar este derecho en relación a la identidad cultural de dicho pueblo³⁰.

Como se observa, Chile está obligado a conjugar los estándares en materia de infancia y adolescencia con el reconocimiento expreso del derecho a la identidad de infantes y adolescentes.

Asimismo, estas recomendaciones internacionales ponen en evidencia que hay efectivamente una serie de otros derechos fundamentales directamente relacionados con la identidad que se integran en la complejidad que tiene la situación de derechos de los niños, niñas y adolescentes cuya identidad no es reconocida ni protegida: la integridad psíquica y física; la libertad de expresión y de conciencia; el respeto a la vida privada y la honra de la persona, el derecho al nombre y la propia imagen o los derechos a la educación y la salud, todos los cuales se pueden ver vulnerados por el no reconocimiento del derecho a la identidad.

Es necesario entonces reconocer normativamente y garantizar el derecho a la identidad. Sin embargo, ello no es suficiente para alcanzar su respeto. Una ley no cambia las concepciones estereotipadas y los prejuicios sociales de un día para otro en una sociedad. El normativo es un camino que hay que recorrer para solucionar problemas sociales pero no el único. Lo que se ha expuesto en este trabajo permite concluir que la falta de reconocimiento de la identidad de los niños, niñas y adolescentes es un problema social que requiere respuesta jurídica pero desde un abordaje integral y que tienda a evitar la judicialización.

En ese sentido es que se necesitan en Chile cambios constitucionales y legales, pero también avances en la forma de vivir en sociedad y relacionarnos con nuestros niños, niñas y adolescentes.

.....
one is subjected to unnecessary surgery or treatment during infancy or childhood, protecting the rights of the children concerned to physical and mental integrity, autonomy and self-determination, providing intersex children and their families with adequate counselling and support, including from peers, and ensuring effective remedy for victims, including redress and compensation”.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 35 “(a) Respect the right to identity of indigenous children in accordance with their culture”.

Se trata de asumir realmente la consideración de la autonomía progresiva y la participación en las decisiones de un niño, niña o adolescente en su proceso de formación, afrontando así la demanda de una persona en plena formación psicológica, afectiva y física, pasando por el derecho de los padres, tutores o cuidadores y la determinación de su interés superior con pleno respeto a su autonomía progresiva para tomar sus decisiones según edad y madurez, sin discriminación y conforme el principio de su interés superior, no aplicando estándares pretendidamente aplicables a todos los niños y niñas en condiciones similares.

El trabajo que tiene Chile por delante en este aspecto puede ser más largo que el trabajo legislativo. Necesitamos asumir que las diferentes identidades son legítimas y una expresión viva de la dignidad humana. Mientras se respete el derecho de los demás, cada quien es dueño o dueña de dar a su vida el sentido que mejor le parezca y tiene derecho a exigir el mismo respeto por ello. Sea un adulto o sea un niño.

BIBLIOGRAFÍA

- Benavente, P. (2013). “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 17, Madrid.
- Carballo, S. (2002). “Educación de la expresión de la sexualidad humana”, *Revista Educación*, volumen 26, N° 001, Costa Rica.
- Carballo, S. (2006). “Educación de la expresión de la sexualidad y la inteligencia emocional en niños, niñas y adolescentes con derechos”, *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, volumen 6, N° 3, Costa Rica.
- Corral, H. (2010). “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra personas LGBTI*, DOC. OAS/Ser.L/V/II.rev.1
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

- Couso, J. (2006). “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño* N° 3 y 4. Santiago: Universidad Diego Portales y UNICEF.
- Erazo, X., Gauché X., Jara, J. (2015). *Derechos Humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*. Santiago: Ediciones LOM.
- Espejo, N. y Leiva, C. (2012). *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984-Febrero de 2012)*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la Identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Foucault, M. (2008). *Historia de la Sexualidad. 1. La voluntad de saber*, Traducción de Ulises Guinazú, 2ª Edición argentina, revisada. Argentina: Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- Gauché, X. (2011). *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española.
- Giddens, A. (1997). *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*, Traducción de José Luis Gil Aristu, 2ª Edición. Barcelona: Ediciones Península.
- González, M. (2010). “Derechos sexuales. Niños, niñas y adolescentes”, *Derecho y Sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, SELA 2009. Buenos Aires: Librería Ediciones.
- González, M. (2011). “Reflexiones sobre el Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en México”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril 2011, pp. 107-133.
- Martínez, R. (1999). *Psicosexualidad y Conducta Humana. Comunalidad y Diversidad*, Proyecto de Docencia 97-155. Concepción: Editorial Facultad Ciencias Biológicas.
- Nogueira, P. (2010). *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*, Primera edición. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Rojas, J. (2007). “Los derechos del niño en Chile: Una aproximación histórica, 1919- 1930”, *Historia* No 40, Vol. I, enero-junio 2007. Santiago: Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Shibley Hide, J. y DeLamater, J. (2006). *Sexualidad Humana*, 9ª Edición, Traducción de Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra. México: Editorial Mac. Graw Hill.

- Strong, B.; DeVault, C.; Sayad, B.W.; and Yarber, W.L. (2005). *Human Sexuality. Diversity in Contemporary America*, Fifth Edition. New York: Mc. Graw Hill.
- Toledo, M. I. (2012). “Sobre la construcción identitaria”, *Revista Atenea*, N° 506, Concepción.
- UNICEF (2015). “Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas”, Serie *Los derechos de los niños, una orientación y un límite No. 3*. Autor: Domingo Lovera. Santiago
- UNICEF (2008). Estado Mundial de la Infancia, Edición Especial: *Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York.
- Weeks, J. (1993). *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*, Traducción de Alberto Magnet. Madrid: Talasa Ediciones S.L.
- Weeks, J. (1998). *Sexualidad*. Traducción de Mónica Mansour, 1ª edición. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica S.A.

Claudio Nash

**Derecho a la vida y a la supervivencia
de los niños, niñas y adolescentes
en el debate constitucional chileno**

Derecho a la vida y a la supervivencia de los niños, niñas y adolescentes en el debate constitucional chileno

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida se encuentra comúnmente consagrado en los instrumentos internacionales y en las constituciones. El alcance tradicional del derecho a la vida es el de un derecho principalmente de abstención por parte del Estado, esto es, no privar arbitrariamente de la vida a los individuos sujetos a su jurisdicción. Sin embargo, en las últimas décadas se va abriendo paso a una mirada más amplia del derecho a la vida, que también considera condiciones mínimas de subsistencia de las personas. De esta forma, el derecho a la vida se complejiza en su contenido y alcance, siendo dotado de una fuerte faceta prestacional, ya que el Estado debe garantizar ciertos mínimos que conforman la idea de un derecho a una “vida digna”.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes (NNA), debemos preguntarnos cuáles son las medidas especiales que debe tomar la autoridad para respetar y garantizar en condiciones de igualdad este derecho a la vida. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989 es el punto de inflexión en este proceso, ya que reconoce expresamente un contenido más complejo del derecho de que son titulares NNA.

En este estudio proponemos asumir esta interpretación amplia del derecho a la vida, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, como base del modelo constitucional para Chile. Esto trae como consecuencias tener que ampliar la mirada a las distintas amenazas para el pleno goce y ejercicio de este derecho de los niños y niñas en Chile. Asimismo,

* Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

nos obliga a preguntarnos cuál es el mejor modelo de recepción constitucional del derecho dentro de un nuevo marco constitucional.

2. EL MARCO INTERNACIONAL

2.1 El derecho a la vida en los instrumentos internacionales de derechos humanos

El derecho a la vida lo encontramos en todos los catálogos de derechos contenidos en los principales instrumentos internacionales que obligan al Estado de Chile.

El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) indica:

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

En el artículo 6 numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) se señala:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

En el artículo 4 numeral 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se establece que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En estos instrumentos se recoge la visión tradicional del derecho a la vida, como un derecho básicamente de abstención del Estado, donde se establece que el Estado debe evitar privar en forma arbitraria de la vida a las personas sujetas a su jurisdicción. Un ejemplo del razonamiento tradicional es el del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

“[l]a protección contra la privación arbitraria de la vida, que es explícitamente exigida por el tercer párrafo del artículo 6.1 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es de suprema importancia. El Comité considera que los Estados Partes deben tomar medidas no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida [causada por] actos criminales sino también para prevenir los homicidios arbitrarios [cometidos por] sus propias fuerzas de seguridad. La privación de la vida por autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. En consecuencia, [el Estado] debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en las cuales [una persona] puede ser privada de su vida por tales autoridades” (Comité de Derechos Humanos, 1982, párr. 3; y 1984, párr. 1).

Esta interpretación ha ido dando paso a una más compleja, donde el derecho a la vida se vincula con las condiciones materiales y espirituales de vida y se comienzan a establecer criterios para configurar lo que se conoce como derecho a una cierta “calidad de vida” o “vida digna” que el Estado debe estar en condiciones de garantizar a las personas. Como es obvio, esto supone pasar de una interpretación del derecho a la vida como un derecho básicamente de abstención, a una interpretación con un contenido prestacional importante.

Un ejemplo interesante en este proceso es el de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) quien, en casos vinculados con pueblos indígenas, tuvo oportunidad de ir planteando esta visión compleja del derecho a la vida. Es así como en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (2006), la Corte plantea el siguiente argumento (Corte IDH, 2006):

“150. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo (...)”.

“151. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable”.

“153. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”.

Como se puede observar, la Corte es bastante explícita sobre el contenido del derecho a la vida relacionado con ciertas condiciones materiales mínimas que deben ser provistas por el Estado y las obligaciones positivas del Estado a su respecto.

En esta misma línea, la Corte ha señalado que respecto de personas o grupos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos, este deber estatal se hace más estricto:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria” (Corte IDH, 2005, párr. 162).

2.2 La Convención sobre los Derechos del Niño y las Observaciones del Comité

Donde se produce el cambio más profundo en esta materia, es con la Convención sobre los Derechos del Niño. Como en otros temas, en relación al derecho a la vida, se propone un nuevo paradigma que es más exigente para los Estados respecto de los NNA sujetos a su jurisdicción. Señala el 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”.

El cambio de concepción sobre el alcance del derecho a la vida está en el numeral 2º, ya que este consagra la obligación de los Estados de garantizar en la medida de lo posible dos aspectos que no se encuentran en otros instrumentos: la supervivencia y el desarrollo del niño/a.

Sobre la base de este numeral 2º, el Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado del control e implementación de la Convención, ha ido desarrollando una amplia interpretación de esta norma. En varias de sus Observaciones Generales¹, el Comité se refiere al derecho a la vida y a la supervivencia y el desarrollo como uno de los principios estructurantes de toda la Convención.

A continuación, revisaremos algunos de los desarrollos más interesantes en esta materia.

El primer paso para el Comité fue dar una interpretación acerca de lo que debe entenderse por “desarrollo” en los términos del 6.2 de la CDN:

“(...) El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2003, párr. 12).

Asimismo, el Comité ha establecido que esta visión amplia del derecho a la vida, a la subsistencia y al desarrollo debe ser un parámetro para el diseño e implementación de políticas públicas en distintos ámbitos. Uno de ellos es

¹ Las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño pueden consultarse en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

el de la justicia, donde se vinculan las políticas penales con las posibilidades de desarrollo de los NNA:

“Este derecho intrínseco a todo niño debe servir de guía e inspirar a los Estados Partes para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño. La pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación están expresamente prohibidas en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención (véanse párrafos 75 a 77 infra). El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizan tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo” (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 11).

En el mismo sentido se ha pronunciado respecto del derecho a la salud:

“En el artículo 6 se pone de relieve la obligación de los Estados partes de garantizar la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo del niño, en particular las dimensiones físicas, mentales, espirituales y sociales de su desarrollo. Hay que determinar sistemáticamente los numerosos riesgos y factores de protección que determinan la vida, la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo del niño para idear y poner en práctica intervenciones de base empírica encaminadas a hacer frente a los diversos determinantes que surgen durante la trayectoria vital.

El Comité reconoce que, para la realización del derecho del niño a la salud, deben tenerse en cuenta varios determinantes, algunos de orden individual como la edad, el sexo, el rendimiento escolar, la condición socioeconómica y el domicilio; otros que operan en el entorno inmediato formado por las familias, los compañeros, los maestros y los proveedores de servicios, en particular

con respecto a la violencia que pone en peligro la vida y la supervivencia del niño en su entorno inmediato; y determinantes estructurales como políticas, estructuras y sistemas administrativos, valores sociales y culturales y normas” (Comité de los Derechos del Niño, 2013b, párrs. 16 y 17).

También en el caso del derecho al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, se hace muy explícita esta concepción amplia del derecho a la vida de los NNA y su vínculo con las políticas públicas:

“Los Estados partes deben garantizar, en la máxima medida posible, la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. A este respecto, el Comité pone de relieve la necesidad de reconocer el valor positivo de cada dimensión del artículo 31 para promover el desarrollo y la evolución de las capacidades del niño. A tal fin es preciso también que las medidas que se adopten para llevar a efecto el artículo 31 sean acordes con las necesidades de desarrollo del niño en todas las edades. Los Estados partes deben promover la conciencia y la comprensión de la importancia central del juego para el desarrollo del niño entre los padres, las otras personas encargadas de cuidarlos, los funcionarios gubernamentales y todos los profesionales que trabajan con y para los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2013c, párr. 18).

Esta interpretación del derecho a la vida, subsistencia y desarrollo ha sido vinculada por el Comité con los principios generales de la Convención, el interés superior de niños/as y el derecho a no ser víctimas de violencia. Respecto del interés superior, señaló:

“Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños. Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo” (Comité de los Derechos del Niño, 2013, párr. 42).

Y, sobre el derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, señaló:

“La protección contra todas las formas de violencia debe considerarse no solo desde el punto de vista del derecho del niño a la vida y la supervivencia, sino también en relación con su derecho al desarrollo, que se ha de interpretar en consonancia con el objetivo global de la protección del niño. Así pues, la obligación del Estado parte incluye la protección integral contra la violencia y la explotación que pongan en peligro el derecho del menor a la vida, la supervivencia y el desarrollo. El Comité espera que los Estados interpreten el término «desarrollo» en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2011, párr. 62).

En el sistema regional interamericano sobre derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no tiene una norma similar a la de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Pero sí contempla una norma especial que establece una obligación reforzada respecto de los derechos de NNA, cual es, el art. 19 convencional² y la jurisprudencia de la Corte IDH³, a partir de las obligaciones generales (arts. 1.1 y 2) y de esta obligación particular ha ido ampliando la interpretación del alcance del derecho a la vida consagrado en el art. 4 convencional ya citado en este trabajo.

Un ejemplo de esta visión compleja del derecho a la vida se refleja en el Caso Villagrán Morales y otros (1999), donde la Corte dispuso:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo

² Artículo 19 CADH:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

³ Para una reseña de la jurisprudencia de la Corte en materia de niños y niñas, ver: Corte IDH, *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N° 5 Niños y niñas*. Secretaría de la Corte Interamericana. Claudio Nash (editor). 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>

el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 144 y 146).

En el mismo sentido, tomando como base la CDN, señaló:

“En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas. El concepto de vida digna, desarrollado por este Tribunal, se relaciona con la norma contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente: “1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 80).

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General sobre el Derecho a la Vida (1983), ya planteaba un primer acercamiento a una visión más compleja del derecho a la vida, con un aspecto prestacional relevante, precisamente, vinculado con el derecho a la subsistencia de los niños:

“Además, el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión «el derecho a la vida es inherente a la persona humana» no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias” (Comité de Derechos Humanos, 1982, párr. 5).

Más explícito ha sido el Comité cuando se ha referido expresamente a los derechos de niños/as en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 24):

“Sin embargo, en la mayoría de los casos, las medidas que deben adoptarse no están explícitas en el Pacto y es cada Estado el que debe determinarlas en función de las exigencias de protección de los niños que se encuentran en su territorio al amparo de su jurisdicción. El Comité observa a este respecto que esas medidas, aun cuando estén destinadas en primer término a garantizar a los niños el pleno disfrute de los demás derechos enunciados en el Pacto, pueden también ser de orden económico, social y cultural. Por ejemplo, deberían adoptarse todas las medidas posibles de orden económico y social para disminuir la mortalidad infantil, eliminar la malnutrición de los niños y evitar que se les someta a actos de violencia o a tratos crueles o inhumanos o que sean explotados mediante trabajos forzados o la prostitución; o se les utilice en el tráfico ilícito de estupefacientes o por cualesquiera otros medios. En la esfera cultural, deberían adoptarse todas las medidas posibles para favorecer el desarrollo de la personalidad del niño e impartirle un nivel de educación que le permita disfrutar de los derechos reconocidos en el Pacto, en particular la libertad de opinión y de expresión. Además, el Comité desea señalar a la atención de los Estados Partes la necesidad de que en sus informes incluyan datos sobre las medidas adoptadas para garantizar que el niño no participe de manera directa en los conflictos armados” (Comité de Derechos Humanos, 1989, párr. 3).

2.3 El estándar internacional. Conclusión

En síntesis, los estándares internacionales en materia de derecho a la vida han evolucionado hacia una visión más amplia de este derecho, que comprende aspectos prestacionales vinculados al rol del Estado de garantizar cierto estándar mínimo de calidad de vida, conforme a la dignidad del ser humano. En materia de derechos de los NNA, esta visión compleja del derecho a la vida tiene base normativa en la CDN y un amplio desarrollo por parte del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. En el mismo sentido, vía interpretativa, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos.

Este es el estándar internacional que deberá ser el marco de la discusión constitucional en Chile.

3. LA RECEPCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

3.1 La experiencia comparada y el derecho a la vida

Respecto de la consagración constitucional del derecho a la vida, en el constitucionalismo comparado⁴ la tendencia general es a consagrarlo en términos mínimos. La forma más utilizada es la de “Todos tienen derecho a la vida...”. En algunas constituciones se establece expresamente que el derecho a la vida es inviolable (Brasil, Colombia, Venezuela, Honduras).

Solo en algunos casos excepcionales nos encontramos con textos constitucionales que consagran el derecho a la vida en términos más robustos, incorporando elementos propios de la fase prestacional de este derecho. Este es el caso de Venezuela, que no solo establece la inviolabilidad del derecho a la vida, sino que también lo vincula con el derecho a la salud, y establece el deber del Estado de promover y desarrollar “políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios” (art. 83).

⁴ El análisis se hizo sobre la base de los textos constitucionales de España, Suiza, Finlandia, Alemania, Portugal, Bélgica, Holanda, Irlanda, Brasil, Colombia, Perú, México, Venezuela, Guatemala, Honduras, Ecuador y Bolivia.

En otros casos, si bien no hay un desarrollo en el derecho a la vida, la Constitución sí establece obligaciones especiales para el Estado vinculadas al derecho a la subsistencia. Este es el caso de Holanda, donde se establece la obligación de los “poderes públicos” de asegurar “los medios de subsistencia de la población y el reparto de la riqueza” (art. 20.1), promover la salud pública, el acceso a la vivienda y crear las condiciones propicias para el “desarrollo social y cultural, así como para la ocupación del tiempo libre” (art. 22). En el caso de Bélgica, se consagra el derecho de “llevar una existencia conforme con la dignidad humana” y, a tal fin, se garantizan “los derechos económicos, sociales y culturales y determinarán (leyes) las condiciones de su ejercicio” (art. 23). En el mismo sentido, la Constitución de Bolivia consagra dentro del capítulo relativo a los derechos fundamentales, el derecho al agua y a la alimentación (artículo 16), a la educación (artículo 17), a la salud (artículo 18), a un hábitat y una vivienda adecuada (artículo 19), y el acceso a servicios básicos (artículo 20). En el caso de Ecuador, se consagran constitucionalmente –en su capítulo segundo– los “Derechos del buen vivir”, que incluyen el derecho al agua (artículo 12), el derecho a vivir en un medioambiente sano (artículo 14), el derecho a contar con una vivienda adecuada y digna (artículo 30), el derecho a la salud (artículo 32), entre otros.

3.2. La experiencia comparada y el derecho a la vida de niños, niñas y adolescentes

Una tendencia muy marcada en los textos constitucionales, tanto europeos como latinoamericanos, es contar con un tratamiento diferenciado respecto de los NNA. En algunos casos se trata en forma separada y, en otros, en conjunto con la regulación constitucional de grupos en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos.

Podemos distinguir algunas tendencias. Por una parte, aquellas constituciones que regulan los derechos de NNA a través del establecimiento de una cláusula general de protección especial (España, art. 39; Suiza, art. 11; Portugal, art. 69; Brasil, art. 227; Perú, art. 4; México, art. 4 inciso noveno). En esta línea, una de las fórmulas más completas es la de Venezuela (art. 78), que 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 un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

En otras experiencias constitucionales hay un tratamiento de los derechos de los NNA a través de un apartado que regula diversos aspectos, dentro de los cuales se hace referencia al derecho a la vida, subsistencia y desarrollo. En el caso de Brasil, aparte de una norma general que establece el derecho a una “absoluta prioridad” del derecho a la vida de los niños, se consagran algunos aspectos particulares; así, se regula la obligación de promover programas de asistencia integral a la salud (art. 227.1), protección especial en cuanto al trabajo infantil, derechos previsionales y laborales, aspectos de derecho penal adolescente, niños huérfanos y abandonados, en situación de dependencia de drogas, y especial atención a los casos de abuso, violencia y explotación sexual del niño y adolescente (art. 22.3).

Otro ejemplo interesante en esta línea es el caso de Bolivia. En la Constitución de 2009 se establece una norma general (art. 58) que luego va siendo desarrollada (arts. 59, 60 y 61). Dispone el art. 58:

“Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones”.

Por otra parte, el art. 59 se refiere al “derecho a un desarrollo integral”, el art. 60 habla del interés superior, y el art. 61 desarrolla aspectos vinculados con situaciones de violencia que puedan afectar a los NNA.

Finalmente, es interesante revisar el tratamiento que hace de la materia la Constitución de Ecuador. Aquí también hay una norma general que trata el tema de personas en situación de vulnerabilidad en sus derechos (art. 35), dentro de las cuales son incluidos “niños, niñas y adolescentes”. Luego, en los arts. 44, 45 y 46 se abordan aspectos particulares de los derechos de NNA. En el art. 44 se habla del derecho al “desarrollo integral” y ejercicio pleno de derechos; en el art. 45 se consagra expresamente el derecho a la vida dentro de otros derechos; y en el art. 46 se señalan las medidas que debe adoptar el Estado en materia laboral, de salud, discapacidad, violencia, drogas, atención primaria en casos de catástrofes, discriminación racial o de género, cuidados y asistencia.

En síntesis, es evidente que el tratamiento del derecho a la vida de NNA se ha ido complejizando y, claramente en aquellos textos que son posteriores a la Convención de 1989, se han ido ampliando los alcances de la protección constitucional de los derechos de NNA y adoptando cláusulas que no solo se limitan a consagrar el derecho a la vida en términos generales, sino que se va construyendo un estándar fortalecido en materia de derecho a la vida de NNA que incorpora los aspectos vinculados a la subsistencia y desarrollo como parte del derecho a la vida.

3.3 La regulación constitucional comparada. Conclusión

Es evidente que las constituciones comparadas consagran el derecho a la vida y que dicha consagración es en los términos tradicionales, sin perjuicio que se establezcan normas sobre el deber del Estado de garantizar ciertos estándares mínimos de vida a través de derechos vinculados con salud, vivienda, entre otros. Asimismo, en el constitucionalismo posterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, se amplía el estándar y se regulan aspectos vinculados con el derecho de NNA no solo a la vida como obligación negativa del Estado, sino que también considerando aspectos

prestacionales. Esto se hace a través de cláusulas que establecen el derecho a una protección especial y/o a través de un apartado que considera derechos y libertades vinculados con el derecho a la subsistencia y el desarrollo.

4. UNA APROXIMACIÓN AL DEBATE CONSTITUCIONAL CHILENO

4.1 El actual modelo constitucional

La Constitución de 1980 consagra el derecho a la vida en términos muy escuetos; dispone el artículo 19 numeral 1º:

“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte solo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

Como se desprende del texto, lo que se establece es el derecho a la vida sin ningún otro tratamiento más específico. Además, contempla un aspecto especialmente controvertido, cual es, la protección legal del que está por nacer.

4.2 La experiencia jurisprudencial

En materia jurisprudencial no hay un desarrollo sistemático del derecho a la vida de NNA. En ciertos casos ha habido algunos pronunciamientos que son interesantes y que, de alguna manera, muestran lo limitado de la aproximación normativa y la necesidad de ir ampliando el criterio interpretativo al pensar el derecho a la vida de NNA desde el punto de vista constitucional.

Un primer ejemplo son los casos relativos a la protección del derecho a la vida cuando está en duda un tratamiento médico de un niño o niña por objeciones religiosas de los padres. En uno de estos casos, la Corte accedió a someter a un niño a un tratamiento médico al cual se oponían los padres,

fundándose en que la objeción de conciencia de estos, por cierto respetable, no podía alcanzar a su hijo, por cuanto este es un ser único y autónomo, a cuyo respecto sus progenitores tienen el deber fundamental de velar por su bienestar; y ante la contraposición entre su decisión y el interés del niño, toca a la Corte –haciéndose cargo del imperativo llamado que realiza la Convención sobre los Derechos del Niño– acoger el recurso intentado, adoptando todas aquellas medidas que importen amparar el interés superior del niño, representado en este caso por su legítimo derecho a recibir la asistencia médica necesaria y oportuna para seguir con vida y poder, en el futuro, gozar de todos y cada uno de los derechos inherentes a su calidad de persona. En virtud de esto, la Corte acoge el recurso y autoriza a los médicos tratantes del niño a realizar los procedimientos necesarios para preservar su vida, incluyendo la transfusión de sangre (Corte de Apelaciones de Rancagua, 2008).

En otro caso relativo a tratamiento médico, pero en el cual el tratamiento era invasivo y sin perspectiva de sobrevivencia para el niño involucrado, la Corte de Apelaciones de Valdivia hizo un análisis completo del derecho a la vida y señaló:

“Que, sin embargo, (...) el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual (...)” (Corte de Apelaciones de Valdivia, 2009, considerando 12°).

Otros casos son los relativos a situaciones de violencia vividas por NNA en el marco de la actuación de Carabineros respecto de comunidades indígenas mapuche en el sur de Chile. En esta materia, la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que los actos de violencia contra NNA devienen en ilegales, al trasgredir el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que las medidas que adopte toda autoridad deben tener como consideración primordial el interés superior del niño; y el artículo 6 del mismo instrumento internacional, que estatuye que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (Corte de Apelaciones de Temuco, 2011).

En otro grupo de casos (relativos al acceso a tratamientos de salud cuando está en riesgo la vida de un niño o niña) se muestra claramente el problema que provoca una interpretación restrictiva del derecho a la vida en caso de NNA. Tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema han considerado como legítimas medidas de la autoridad que no acceden a la petición de tratamientos médicos en casos de enfermedades de alto costo, sin argumentar desde la perspectiva de la necesaria protección especial del derecho a la vida de NNA y la plena efectividad de este derecho en dichos casos concretos (Corte de Apelaciones de Santiago, 2009 y Corte Suprema, 2009).

5. LOS TEMAS CENTRALES DEL FUTURO DEBATE CONSTITUCIONAL

A continuación serán planteados algunos temas que deberán estar en la agenda de discusión sobre un nuevo texto constitucional y que son propios del debate sobre el derecho a la vida de NNA. La forma en que se resuelvan estos temas será central para configurar una adecuada protección constitucional de este especial sujeto de derechos humanos, los NNA.

Se han seleccionado aquellos temas que han estado presentes en el debate internacional, tanto en los mecanismos de protección de derechos como en la discusión constitucional comparada.

5.1 Visión amplia del derecho a la vida de niños, niñas y adolescentes

Como se ha visto, el acervo internacional en materia de derecho a la vida en general, y particularmente de NNA, plantea una visión amplia de este derecho y esto debe quedar reflejado en la discusión constitucional en Chile.

Nuestra tradición constitucional y la interpretación hecha a la fecha por los órganos superiores con competencia constitucional, claramente han entendido el alcance del derecho a la vida desde una perspectiva restrictiva. Por ello, parece prudente pensar que si se quiere dar efectividad a una visión más compleja del alcance del derecho a la vida, este entendimiento debe ser

complementado con la misma formulación de la CDN, esto es, el derecho a la vida, la subsistencia y el desarrollo.

Esta formulación explícitamente más compleja permitiría superar las interpretaciones restrictivas y generar un debate sobre la forma en que las políticas públicas y las medidas jurisdiccionales pueden avanzar en la consecución de estos principios. El Comité de los Derechos del Niño, como hemos visto, a partir de esta formulación ha planteado estándares respecto de diversas materias, en tanto una forma de concreción del mandato normativo dado por la Convención. Lo mismo sucede en la experiencia constitucional comparada que hemos analizado. En el mismo sentido podría ocurrir en Chile.

Las diferencias que existen entre los NNA en Chile ha llamado la atención del Comité de los Derechos del Niño, quien, en sus observaciones al informe de Chile, en 2007, señaló expresamente:

“Aunque el Comité observa que en general se ha reducido la pobreza, expresa su preocupación por las disparidades en el nivel de vida y por el número de niños afectados por la pobreza o la extrema pobreza, señalando que constituyen un grave obstáculo para el disfrute de los derechos consagrados por la Convención. Al Comité le preocupa que un alto porcentaje de la población carezca de acceso a los servicios básicos y muy en particular la enorme disparidad que existe entre la cobertura de los servicios de agua potable y de alcantarillado en las zonas urbanas y su cobertura en las zonas rurales. El Comité observa que los niveles de pobreza son desproporcionadamente altos entre los hogares encabezados por mujeres y las comunidades indígenas” (Comité de los Derechos del Niño, 2007b, párr. 59).

5.2 Medidas de protección especial

Un aspecto que deberá estar presente en la discusión constitucional es el derecho que tienen los NNA a una protección especial de sus derechos humanos. En este sentido, deberá discutirse de qué manera se consagrará constitucionalmente esta protección reforzada en el texto constitucional. Una vía es hacerlo en el tratamiento mismo del derecho a la vida o en un

apartado separado dedicado a los derechos de NNA. Más adelante trataremos este aspecto estructural.

Las medidas especiales de protección de los derechos de NNA pueden estar explícitamente desarrolladas en el texto constitucional, como ocurre en la CDN o en la CADH, o bien, pueden desprenderse vía interpretativa a partir del principio de igualdad y no discriminación.

La tendencia comparada es a hacerlo a través de cláusulas generales que consagren esta obligación de protección especial respecto de NNA.

En el debate sobre este principio general debe, en todo caso, dejarse claramente establecido que la protección especial es respecto de los derechos de NNA y en ningún caso puede servir como base para el retorno a las medidas preconventionales de protección del niño/a en tanto objeto de protección y no sujeto de derechos. En esto existe amplio acuerdo en la jurisprudencia internacional.

La Corte IDH ha señalado:

“El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, párr. 219)⁵.

⁵ En el mismo sentido genérico sobre la obligación de adoptar medidas especiales de protección de los derechos de los niños en virtud del art. 19 de la CADH: *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 133; *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia 3 de julio de 2004, párr. 67; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 152; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 244; *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113; *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 55; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 45; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 150; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 141; *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 217.

El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que:

“El Comité subraya que, en el contexto de la Convención, los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños. La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención, particularmente habida cuenta de los siguientes artículos de la Convención identificados por el Comité como principios generales” (Comité de los Derechos del Niño, 2003, párr. 11).

En definitiva, parece razonable pensar que en el futuro diseño constitucional se contemple una norma general que establezca el principio de igualdad y no discriminación y la obligación de adoptar medidas para su plena garantía. En el caso de NNA debiera establecerse una norma particular que disponga la obligación de adoptar medidas especiales de garantía de los derechos de NNA en todos los ámbitos de actuación del Estado.

5.3 Situaciones de riesgo: migración, indígenas, pobreza, uso de la fuerza policial

Hay ciertas situaciones que ponen de manera particular en riesgo los derechos de NNA y, específicamente, su derecho a la vida, subsistencia y desarrollo. A continuación plantearemos algunas que sirven de ejemplo para responder a la necesidad de que exista una preocupación sobre la regulación de estas materias en un proceso de discusión constitucional.

Uno de los primeros grupos que ha sido objeto de especial preocupación por parte del Comité de los Derechos del Niño es el que conforman los niños pertenecientes a comunidades indígenas. Al efecto, es interesante tener presente que el estándar en relación al derecho a la vida incorpora los elementos culturales en forma explícita, además de los elementos materiales. Señala el Comité:

“El Comité observa con preocupación el número desproporcionadamente grande de niños indígenas que viven en una pobreza extrema, situación que tiene repercusiones negativas sobre su supervivencia y su desarrollo. Preocupan además al Comité las elevadas tasas de mortalidad en la primera infancia y en la niñez de los niños indígenas, así como la malnutrición y las enfermedades de esos niños. El artículo 4 obliga a los Estados partes a adoptar medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, con la cooperación internacional. Los artículos 6 y 27 consagran el derecho de los niños a la supervivencia y al desarrollo, así como a un nivel de vida adecuado. Los Estados deberían ayudar a los padres y a otras personas responsables de los niños indígenas a dar efectividad a ese derecho brindando una asistencia material y unos programas de apoyo culturalmente apropiados, particularmente en lo que se refiere a la nutrición, a la ropa y a la vivienda. El Comité subraya la necesidad de que los Estados partes tomen medidas especiales para que los niños indígenas disfruten del derecho a un nivel de vida adecuado, así como de que esas medidas, junto con los indicadores de progreso, se elaboren en colaboración con los pueblos indígenas, incluyendo los niños.

El Comité reitera que, como lo señaló en la Observación general No 5, interpreta la idea de desarrollo del niño «como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño». En el preámbulo de la Convención se destaca la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada persona, particularmente en lo que se refiere a la protección y al desarrollo armonioso del niño. En el caso de los niños indígenas cuyas comunidades conservan un modo de vida tradicional, la utilización de las tierras tradicionales reviste considerable importancia para su desarrollo y para el disfrute de su cultura. Los Estados partes deberían estudiar con detenimiento la importancia cultural de las tierras tradicionales y de la calidad del medio ambiente natural al proteger, en toda la medida de lo posible, el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo” (Comité de los Derechos del Niño, 2009, párrs. 34 y 35).

El Comité, en sus observaciones al informe de Chile en 2007, señaló:

“El Comité lamenta que aún no se hayan incorporado en la Constitución disposiciones específicas que reconozcan a los pueblos indígenas y sus derechos.

Expresa su preocupación por el alto grado de correlación entre la pobreza y el origen indígena y por la discriminación de hecho que siguen sufriendo los niños indígenas, en particular en la educación y la salud.

El Comité celebra que se hayan adoptado medidas para establecer un programa de enseñanza bilingüe, pero observa que la cobertura y los recursos de este son limitados y que siguen siendo altas las tasas de abandono. Al Comité le preocupa la información recibida de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía. Por último, el Comité lamenta que no se haya presentado información detallada sobre los niños indígenas en el informe del Estado Parte” (Comité de los Derechos del Niño, 2007b, párr. 73).

Los niños en situación de discapacidad es otro grupo que ha sido objeto de especial preocupación por parte del Comité de los Derechos del Niño. En este caso, el estándar en relación al derecho a la vida es el siguiente:

“El derecho inherente a la vida, la supervivencia y el desarrollo es un derecho que merece especial atención cuando se trata de niños con discapacidad. En muchos países del mundo los niños con discapacidad son objeto de una multitud de prácticas que completa o parcialmente compromete ese derecho. Además de ser más vulnerables al infanticidio, algunas culturas consideran a un niño con cualquier forma de discapacidad como un mal presagio que puede “manchar el linaje” y, por consiguiente, una persona designada por la comunidad sistemáticamente mata a los niños con discapacidad. Frecuentemente esos delitos quedan sin castigo o sus autores reciben sentencias reducidas. Se insta a los Estados Partes a que adopten todas las medidas necesarias para poner fin a esas prácticas, en particular aumentando la conciencia pública, estableciendo una legislación apropiada y aplicando leyes que garanticen un castigo adecuado a las personas que directa o indirectamente violan el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños con discapacidad” (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párr. 31).

Un grupo que también ha sido objeto de una atención particular por parte de los órganos internacionales de derechos humanos es el de los niños migrantes. Al efecto, la Corte Interamericana ha señalado:

“Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales 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” (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2014, párr. 68).

Además, la Corte IDH establece que para evaluar las medidas que debe adoptar el Estado respecto de NNA en situación de migración, se deben tomar en consideración las condiciones personales del NNA y no solo la situación general de migración. Dispone la Corte:

“Ahora bien, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado, para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, la Corte también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria, así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad” (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2014, párr. 71).

Al igual que en el tema de NNA pertenecientes a pueblos indígenas, respecto de NNA migrantes y refugiados también ha habido un pronunciamiento

explícito del Comité al Estado de Chile (Comité de los Derechos del Niño, 2007b, párr. 63 y 64).

Un último aspecto que es relevante tener en consideración respecto de las medidas especiales de protección, son los casos vinculados con adolescentes privados de libertad. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado:

“Que la problemática de los centros de internación requiere de acciones a mediano y largo plazo, a efectos de adecuar sus condiciones a los estándares internacionales sobre la materia. No obstante, los Estados están en la obligación de desplegar acciones inmediatas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de los internos, así como su derecho a la vida y el derecho a gozar las condiciones mínimas de una vida digna, especialmente cuando se trata de niños y niñas, quienes requieren una atención especial por parte del Estado” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005b, párr. 18).

En el caso de Chile, el Comité ha llamado la atención sobre la situación de los adolescentes en conflicto con la ley y la forma en que reacciona la administración de justicia (Comité de los Derechos del Niño, 2007b, párr. 71 y 72).

Mirados en su conjunto, estos son casos donde el nivel de escrutinio se hace más intenso para evaluar la efectividad de las medidas de protección de los derechos de NNA a las que el Estado se encuentra obligado. Este nivel más intenso de escrutinio se vincula con el contexto en el que están NNA y las situaciones de discriminación múltiple o cruzada⁶ de que pueden ser objeto.

⁶Según la Convención sobre la materia (aún no entra en vigor), la podemos definir como “Art. 1 N° 3. Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada”. Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), adoptada en junio de 2013.

5.4 Protección de la vida del que está por nacer

Este es un aspecto que en Chile ha generado amplio debate. En la experiencia comparada, en pocos textos constitucionales hay una expresión específica de protección respecto del embrión o feto. Solo en los textos de Guatemala (art. 3) y Ecuador (art. 45) se garantiza el derecho a la vida desde la concepción. En los instrumentos internacionales no se consagra este derecho, salvo en la referencia que hace la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4, dejando a los Estados en libertad para regular dicha protección en su legislación interna.

Conforme a la experiencia comparada, no parece ser el acuerdo constitucional el espacio para esta materia.

5.5 Posibles formas de recepción del derecho a la vida y subsistencia de niños en el debate constitucional

Como ya lo hemos ido planteando en el transcurso de este documento, no existe una única forma de consagrar el derecho a la vida de NNA en un texto constitucional. Una opción es que no haya ningún planteamiento particular, que este quede referido solo vía reenvío o constitucionalización o vía interpretación conforme a las normas internacionales; que el derecho sea regulado en conjunto con el derecho a la vida o que sea regulado en un apartado especial relativo a los derechos constitucionalmente reconocidos a NNA, entre otras fórmulas posibles.

Considerando que la interpretación que asume la CDN implica una transformación del paradigma sobre el cual se ha construido el estándar constitucional en Chile en materia de derecho a la vida y que no hay elementos de tratamiento diferenciado de los derechos de NNA en la tradición constitucional chilena, lo conveniente es que exista una regulación explícita en el futuro texto constitucional.

Respecto de la forma en que puede darse esta recepción explícita del paradigma ampliado sobre derechos de NNA, podemos pensar en al menos dos formulaciones posibles. Una, que se incorpore en el texto una regulación

particular para el derecho a la vida que establezca que se reconoce el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. Otra, que esto se haga en forma particular para NNA en un apartado que regule sus derechos.

La idea de un apartado con un tratamiento particular de los derechos de NNA parece razonable, ya que en él podrían ser tratados otros aspectos que requieren de una consagración constitucional, como, por ejemplo, el interés superior de los niños y niñas o la regulación respecto de alguna situación de vulnerabilidad en los derechos, como la situación de discapacidad.

Ninguna de estas alternativas es excluyente con la consagración de una cláusula general sobre igualdad y no discriminación que permita, además, la consagración de medidas de acción afirmativa respecto de grupos en situación de desigualdad estructural en Chile, como son los NNA.

6. CONCLUSIONES

Como hemos sostenido en este estudio, tanto desde el punto de vista internacional como constitucional se viene avanzando en la construcción de una interpretación amplia del derecho a la vida, en la que la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido esencial para configurar un derecho a la vida con una estructura compleja que mantiene los aspectos tradicionales de abstención por parte del Estado, pero a la cual se suma un fuerte componente prestacional para configurar un cierto estándar de calidad de vida que comprende condiciones de tipo material y espiritual. En el caso de los NNA, este estándar se construye sobre los principios de subsistencia y desarrollo consagrados convencionalmente.

Este modelo debe ser la base de la construcción constitucional en Chile.

Asumir este nuevo modelo no solo trae aparejada una nueva configuración normativa, sino que la necesidad de resolver desde el punto de vista constitucional una serie de aspectos que son propios de la construcción de un derecho más complejo que la visión tradicional del derecho a la vida.

Aspectos como las medidas de protección especial, las situaciones de riesgo en que se encuentran parte importante de nuestros NNA, la forma en que se resuelvan las medidas de protección del feto, deben ser parte de la discusión constitucional.

Asimismo, el modelo que se use para recoger esta nueva concepción del derecho a la vida debe ser parte relevante en nuestra discusión para darle efectividad al derecho así construido y que no quede solo en una declaración general sin posibilidades de concreción material.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de los Derechos del Niño, (2003) *Observación General No 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2006) *Observación General No 9: Los derechos de los niños con discapacidad.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2007) *Observación General No 10: Los derechos del niño en la justicia de menores.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2007b) *Observaciones al Informe de Chile conforme al artículo 44 de la Convención.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2009) *Observación General No 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2011) *Observación general No 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2013) *Observación general No 14: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2013b) *Observación general No 15: El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.*
- Comité de los Derechos del Niño, (2013c) *Observación general No 17: El derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.*
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, (1982) *Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida.*
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, (1989) *Observación*

General No. 17, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 24 - Derechos del niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1999) *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2002) *Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005b) *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto Brasil.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006) *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2013) *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2014) *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.*

Sentencias Cortes de Apelaciones:

Corte de Apelaciones de Rancagua

Rol N° 1034-2007

Fecha: 11 de febrero de 2008

Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol N° 103-2009 FAM

Fecha: 14 de mayo de 2009

Corte de Apelaciones de Santiago

Rol N° 6691-2009

Fecha: 2 de septiembre de 2009

Corte de Apelaciones de Temuco
Rol N° 1541-2010
Fecha: 12 de noviembre de 2010

Corte de Apelaciones de Temuco
Rol N° 342-2011
Fecha: 16 de diciembre de 2011

Corte de Apelaciones de Santiago
Rol N° 23576-2011
Fecha: 24 de abril de 2012

Sentencias Corte Suprema:

Corte Suprema
Rol N° 6894-2009
Fecha: 2 de noviembre de 2009

Corte Suprema
Rol N° 3824-2012
Fecha: 17 de agosto de 201

Amaya Álvez Marín y José Zawadsky

**El desafío de la Nueva Constitución: igualdad
ante la ley, bajo la ley, en la protección
y beneficios de la ley para niños,
niñas y adolescentes en Chile**

Amaya Álvez Marín* y José Zawadsky**

El desafío de la Nueva Constitución: igualdad ante la ley, bajo la ley, en la protección y beneficios de la ley para niños, niñas y adolescentes en Chile¹

1. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El presente trabajo trata de la cláusula constitucional en materia de igualdad y no discriminación para niños, niñas y adolescentes². La perspectiva propuesta en este apartado es la de una sociedad política de iguales, una que privilegia la inclusión de todos sus miembros. Ello exige tomar especiales precauciones en materia de igualdad respecto de los denominados “grupos vulnerables” o “desaventajados” en la sociedad, entre ellos los NNA. En consecuencia, debemos poner especial atención a las diferencias existentes en las propias normas jurídicas y preguntarnos acerca de lo que implicaría avanzar en una consagración constitucional que promueva no solo la mera igualdad formal sino que fije como ideal una sociedad igualitaria. La propuesta es adoptar una perspectiva internacional y comparada en derechos humanos para, desde esta pretensión global, reflexionar sobre el aporte normativo y político de la Convención sobre los Derechos del Niño³, y su impacto en la institucionalidad constitucional chilena.

* Investigadora Responsable

** Investigador Asociado

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt N° 11121371 relativo a la utilización del derecho comparado en el ámbito constitucional chileno, del cual Amaya Álvez es investigadora principal. La autora agradece este apoyo institucional.

² En adelante referidos como NNA.

³ En adelante referida como CDN.

1.1. Desigualdades fácticas respecto de niños, niñas y adolescentes en Chile

Normativamente la Constitución de 1980 no hace ninguna alusión ni tratamiento diferenciado respecto de los NNA en la cláusula de igualdad y no discriminación, e incluso podría llegar a sostenerse que parte de las bases de su institucionalidad es la aspiración de una sociedad inclusiva e igualitaria (art. 1, Carta de 1980). Ello no pasa de ser una declaración carente de significado si examinamos la génesis de su establecimiento y su articulado. La propuesta de Charles Beitz (2009) es examinar las inferencias prácticas respecto de los participantes en aquello que se considerara una demanda válida de derechos humanos. Si observamos cómo opera la cláusula de igualdad en NNA en Chile, podríamos percibir que la desigualdad en nuestra sociedad incide más fuertemente en la infancia y adolescencia según se argumenta a continuación, de acuerdo a datos obtenidos de diversos instrumentos empíricos en materia de pobreza, educación y salud.

El paso reciente, descrito por Schaffer y Ginsburg (2012), ha sido el avance de la disciplina hacia los métodos empíricos, permitiendo obtener conclusiones inferenciales. Un ejemplo en Chile son las desigualdades económicas que muestran cifras preocupantes. Según la encuesta CASEN 2013, mientras el 10% más pobre de los hogares chilenos posee un ingreso autónomo promedio per cápita de \$ 91.659, el 10% más rico obtiene como promedio un ingreso autónomo per cápita de \$2.600.969, lo que se traduce en que el 10% más próspero de la población tiene un ingreso autónomo per cápita 35 veces más alto que el primer decil (Ministerio de Desarrollo Social a).

Según la encuesta CASEN 2013 (Ministerio de Desarrollo Social b), mientras el 12% de la población total vive en situación de pobreza, esta cifra sube al 22% en la población infanto-adolescente. Con respecto a las cifras totales, al año 2013 existe una población en Chile de 4.414.927 NNA; se calcula que 971.284 de ellos, es decir, cerca de un millón de habitantes, viven en situación de pobreza. La inferencia que se obtiene de estas cifras es preocupante. Ello porque el peso de la desigualdad socioeconómica se refleja en las condiciones de vida. Mientras que en el primer quintil el porcentaje de población menor de 7 años con sobrepeso es de 13% y con

obesidad es de 2,1%, en el quinto quintil la población en el mismo rango etario con sobrepeso representa solo el 8% y con obesidad solo el 1,4%.

En otro ámbito, la tasa de asistencia neta en educación parvularia en el primer quintil es de 45,6% mientras que en el quinto quintil es de 54,6%; en educación media es de 68,9% para el primer quintil y 80,8% para el quinto quintil. En relación a la calidad de la vivienda, en el primer quintil solamente un 65,8% de la población menor de 18 vive en hogares sin hacinamiento, en cambio en el quinto quintil un 95,9% vive en hogares sin hacinamiento, lo que lógicamente influye en el modo que se estructuran las relaciones sociales de NNA (Ministerio de Desarrollo Social b).

En materia de educación las diferencias persisten. En los resultados de la prueba SIMCE de octavo básico del año 2014, el grupo socioeconómico bajo presenta un puntaje de 219 en lectura versus 277 del grupo socioeconómico alto, lo que se mantiene en segundo año de educación media: 223 para el grupo bajo y 290 para el alto. En matemática, octavo básico, el grupo bajo obtiene 223 puntos y 309 el alto; y en segundo año de enseñanza media, 217 el bajo y 334 el alto (Agencia de Calidad de la Educación). Esta tendencia también se mantiene en los resultados de la Prueba de Selección Universitaria, cuyos resultados muestran mejor rendimiento de los alumnos de colegios particulares pagados versus los alumnos de colegios municipales (Fossa, 2012).

Estas deficiencias en materias de igualdad ya han sido señaladas por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones al Cuarto Informe presentado por el Estado de Chile (2015). Específicamente, el Comité ha recomendado a Chile la implementación de medidas legislativas, esto es, adoptar una política nacional de protección a la infancia y un plan nacional que estén orientados a la obtención de resultados, que puedan ser monitoreados y evaluados de acuerdo a indicadores de derechos humanos basados en la CDN. Hace, asimismo, alusión a la relevancia de contar con suficientes recursos humanos, técnicos y financieros para su implementación efectiva. Existen observaciones de índole presupuestaria, en que se solicita utilizar un enfoque de infancia en la elaboración del presupuesto nacional, implementando un sistema de monitoreo que permita identificar gastos

relativos a infancia y, a la vez, definir áreas estratégicas del presupuesto para NNA en situación de vulnerabilidad y que requerirán medidas de acción afirmativa. El Comité señala al Estado de Chile que debe asegurar que esas líneas presupuestarias se incrementen progresivamente y que sean protegidas incluso en periodos de crisis económicas, desastres naturales u otras emergencias. En materia de salud, se solicita asegurar que todos los NNA tengan acceso a servicios de salud de calidad, sean públicos o privados; y en educación se solicita tomar medidas para disminuir la segregación escolar y promover un sistema educativo de calidad más inclusivo e igualitario. En general, las observaciones del Comité dicen relación con el bienestar mínimo de NNA, para lo cual solicita priorizar medidas tendientes a reducir inequidades en las condiciones de vida entre zonas urbanas y rurales, especialmente respecto de NNA indígenas.⁴

Todas estas desigualdades fácticas van a llevar a experiencias vitales distintas en NNA, que se traducirán en oportunidades y condiciones de vida distribuidas de modo no equitativo, afectando la pertenencia a la sociedad política de la cual forman parte y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, por producirse en una etapa del ciclo vital inicial, estas diferencias van a tener un impacto profundo en el desarrollo de las vidas de estos NNA, lo que fundamenta la consagración de un sistema de protección reforzada. Lo que no se puede olvidar es que las distinciones aceptadas en el tratamiento jurídico de NNA son una decisión normativa que actúa sobre la realidad social.

1.2. La cláusula constitucional de igualdad y no discriminación en Chile hoy

La primera frase con que se inicia la Constitución de 1980 consagra que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”. De acuerdo a la tradición liberal republicana lo que se perseguía históricamente

⁴ Respecto a este punto tratado por el Comité, relativo a las asimetrías en las inequidades en Chile, ya ha sido desarrollado por Domingo Lovera (2015, pp. 23-62) en un documento publicado por UNICEF Chile recientemente y que constituye una herramienta invaluable en el debate de estas temáticas.

era terminar con la concesión de privilegios basados en la cuna, rango social y, en general, en las condiciones en que no intervenga la voluntad de los individuos. La Constitución, en definitiva, proclama la igualdad social y la igualdad política como pilares normativos del orden jurídico chileno.

¿Es la sociedad chilena, en consecuencia, una sociedad igualitaria? La respuesta, para autores tales como Fernando Muñoz (2013, p. 97), es rotundamente negativa. La desigualdad central en nuestra sociedad es económica; ella, a su vez, causa o potencia otras formas de desigualdad, tales como la desigualdad política, de género, o la discriminación sufrida por grupos marginados en razón de su apariencia física, su etnia o nacionalidad, o su orientación sexual.

Las cláusulas de la Constitución que contienen principios igualitarios políticos (arts. 1º, 3º, 4º, 15º) proponen una igualdad meramente formal. Respecto del catálogo de derechos fundamentales, existe un derecho general de igualdad (art. 19 N° 2) y derechos especiales de igualdad como, por ejemplo, la igualdad ante los cargos públicos (art. 19 N° 20); ante las cargas públicas (art. 19 N° 17); ante la justicia (art. 19 N° 3); y, finalmente, dando cuenta de la centralidad del orden público económico en la actual Constitución, el principio de no discriminación en materia económica (art. 19 N° 22). Un problema de la falta de desarrollo de una teoría de la igualdad en la actual Constitución se denota en el uso del término discriminación de modo ambivalente: por una parte, en su acepción positiva se refiere a un trato diferenciado (art. 19 N° 2 y N° 22) y, por otra parte, en su acepción negativa implica un trato irrazonable o arbitrario (art. 19 N° 16 inc. 2 y 109 inc. final).

En la doctrina nacional, Humberto Nogueira (2006, p. 804) conceptualiza la igualdad ante la ley de la siguiente manera: “la igualdad en el contenido de la ley en cuanto norma general, abstracta y atemporal, dota de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna”. Esta consagración de igualdad formal ha sido catalogada por el Tribunal Constitucional chileno como una concepción “primitiva”, señalando que respecto de la cláusula de igualdad es urgente hacer una reinterpretación (Tribunal Constitucional, Rol 1254, 2009, considerando 47). Una mirada diversa es

la del profesor Iván Díaz, quien señala que la igualdad ante la ley se ha interpretado como un mandato “en la aplicación del derecho”, no obligando por ello al legislador sino que al juez. En opinión de Díaz (2012, pp. 65-67), la igualdad “en la ley” se presenta como un derecho fundamental implícito, que nos acerca a la tradición jurídica del *common law* y su sistema de precedentes, y se traduce en la obligación del juez de no adoptar decisiones diversas ante casos fácticos jurídicamente relevantes iguales; o, en su caso, no distinguir, esto es adoptar decisiones diversas, en casos fácticos jurídicamente relevantes desiguales.

Existe, por tanto, un desarrollo limitado de la teoría de la igualdad en nuestra actual Constitución. Se propone a continuación un análisis del tipo iusfundamental de la igualdad como una construcción normativa que, no obstante ser fruto de una deliberación colectiva, debe incluir un componente doctrinario y una referencia a la aplicación concreta de la norma por parte de los tribunales de justicia; estar atenta a lo dispuesto por los órganos regionales y mundiales de derechos humanos; y que, además, debe aprender de regímenes foráneos a través del derecho comparado. En la propuesta de Eduardo Aldunate (2008, p. 138), la tipicidad iusfundamental “alude a las consecuencias jurídicas derivadas del respectivo derecho y con ello, al conjunto de enunciados normativos que pueden predicarse como contenido de la protección iusfundamental”. El objetivo es ayudar a construir las interrogantes que nutran el proceso constituyente, con la pretensión que la comunidad política decida sobre el nuevo marco jurídico fundamental de NNA para Chile, uno que satisfaga las exigencias que emanan de una concepción igualitaria e inclusiva de la sociedad.

1.3. Tipicidad iusfundamental de la garantía de igualdad y no discriminación

Es importante teorizar en torno al concepto de discriminación como una categoría socialmente construida y no como un actuar irracional o caprichoso del operador jurídico, como se ha entendido por la jurisprudencia y alguna doctrina en Chile. Ya que de tratarse de un simple error en el actuar del operador, ello no nos permitiría examinar los fundamentos de la

norma jurídica que discrimina y evaluar su pertinencia. En la actual Constitución es innegable que el derecho fundamental no puede ser entendido sin referencia al derecho internacional de los derechos humanos. La tríada conceptual que implica una teoría de la igualdad es propuesta por autores tales como Francisco Zúñiga (2002, pp. 257-58): principio de igualdad, derechos de igualdad secundarios, como el principio de no discriminación arbitraria y el de discriminación compensatoria o inversa, se relacionan con la democracia constitucional, en la medida en que buscan fortalecer el pluralismo social y la tolerancia, notas esenciales del orden democrático contemporáneo.

Es necesario recalcar la centralidad del concepto de igualdad como criterio fundamental de aplicación a la realidad de todo el catálogo de derechos fundamentales, haciendo la precisión que en la valoración de esos hechos, la igualdad es una prescripción de conducta social. Siguiendo a Robert Alexy (2007, p. 372), existen dos reglas fundamentales y sucesivas en materia de igualdad: la primera es que a falta de razón suficiente debe darse un tratamiento igual; y la segunda es que, en el caso de existir una razón suficiente que justifique el tratamiento desigual, es obligatorio hacerlo. Las razones del trato igual o desigual, denominadas asimetrías, se construyen socialmente. A modo de ejemplo, en nuestro país la identidad adscriptiva puede basarse en una valoración disminuida, como es el caso de las mujeres respecto de sus remuneraciones en materia laboral; o ser considerada lejana al parámetro de normalidad, cual es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal como lo indica el académico Fernando Muñoz (2015a, p.174), la discriminación se presenta como ventaja adscriptiva. Se puede conceptualizar la discriminación como “una diferencia de tratamiento de situaciones similares o un tratamiento similar a situaciones disímiles, sea intencional o no, que carece de justificación objetiva y de proporcionalidad entre la distinción y el objetivo de la misma, basada en alguna de las categorías sospechosas” (Besson, 2011, p. 451).

Para Alejandra Zúñiga, la igualdad es un principio que despliega, a su vez, un abanico de principios de segundo orden y de normas concretas que se ocupan de catalogar los rasgos que diferencian a los seres humanos en función de su relevancia o irrelevancia. Así tenemos que la igualdad por equiparación

será considerada una diferencia irrelevante, en cambio, la igualdad por diferenciación será atributiva de un diverso tratamiento normativo (Zúñiga et al., 2007, p. 16). Originalmente, desde una perspectiva formal, se aceptaban los resultados inequitativos producidos por el ejercicio igualitario de derechos. En ocasiones aplicar una misma regla de conducta de modo uniforme cumple una función simbólica, así lo explica en materia electoral el profesor García (2014).

De acuerdo a Black & Smith (1996, p. 14) “para construir una norma de igualdad deben darse una base de comparación que se aplica tanto a los sujetos como al tratamiento jurídico”. La decisión del referente se construye con ayuda de las categorías sospechosas colectivas que buscan romper con prejuicios o tratamientos diferenciados estructurales (sexo, religión, nacionalidad etc.). La dificultad en estos casos es elegir una característica colectiva grupal, dejando de considerar las particularidades individuales. Un modo de realizar este ejercicio relacional es identificar los objetivos perseguidos por la norma y preguntarse si ellos han sido obtenidos de igual forma. Esto ha sido denominado “idéntico tratamiento” bajo la ley y supone el logro de ciertos objetivos. Un primer objetivo es la remoción de las condiciones de subordinación o desventaja; así por ejemplo, Catherine MacKinnon (1995) propone erradicar los factores que contribuyen a la histórica subordinación de las mujeres. Un segundo objetivo es la creación de las condiciones para lograr metas auto-impuestas; se trata por tanto de asegurar la inclusión y participación de los miembros de la sociedad para que ellos, de manera individual y/o colectiva, desarrollen su potencial. Un tercer objetivo es la consideración equitativa y respetuosa en el proceso de toma de decisiones.

Las diferencias de tratamiento normativo intentan evitar discriminaciones carentes de fundamento razonable basadas de manera intencional o voluntaria en características personales de ese individuo o grupo. El resultado de estas diferencias es imponer cargas, obligaciones o desventajas no establecidas para los restantes miembros de la sociedad, limitando el acceso a oportunidades, beneficios o ventajas. En algunas jurisdicciones se ha establecido como parámetro el que las diferencias en el tratamiento afecten la dignidad humana del individuo o colectivo (Corte Suprema de Canadá, *Law v. Canadá*, 1999). Esto ocurre cuando el efecto de la norma es marginalizar, ignorar o devaluar.

El objetivo es prevenir la imposición de desventajas basadas en estereotipos, o prejuicios políticos o sociales. Se trata de promover una sociedad en que el reconocimiento igualitario tenga por objeto reconocer el valor de cada miembro de la sociedad, haciéndolo destinatario sin inequidades de preocupación, respeto y consideración (Reaumé, 2004).

Con el objeto de terminar con las diferenciaciones basadas en prejuicios, algunos ordenamientos jurídicos han creado las denominadas “categorías sospechosas”, esto es, diferencias creadas por ley a grupos considerados históricamente vulnerables, o estructuralmente desaventajados, o con poco o nulo acceso al poder social y político. Esta diferenciación persigue modificar esa condición de las mujeres, minorías étnicas o minorías sexuales, y por ello exige que toda distinción normativa deba cumplir con un examen especialmente exigente para ser considerada constitucional. Un modo concreto de trabajar esta situación son las acciones positivas, conceptualizadas por José Ignacio Casas como: “el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios” (citado en González, 2006, p. 345).

Así lo ha recogido, parcialmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno al indicar que “no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona, o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo” (Rol 1414/ 2010, considerando 15). Por tanto, nos parece que quienes sostienen que en nuestro actual ordenamiento constitucional la igualdad consagrada se reduce a la meramente formal (Díaz de Valdés, 2015), lo que persiguen es mantener el *status quo* sin reconocer, por una parte, los propios avances de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al llamar a la igualdad formal una versión primitiva (Rol 1254, año 2009, considerando 47) y, por otra, los cambios sociales que han pujado por un marco normativo anti-discriminación, del cual la ley 20.609 (2012) es un primer ejemplo.

1.4. Jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación en Chile

El modo en que tradicionalmente se trata la cláusula de igualdad por los tribunales de justicia chilenos sobre la base del recurso de protección ha sido criticado, pues establece una asociación entre la irracionalidad o capricho del agente para asimilarlo a un acto arbitrario (Muñoz, 2015b, p. 156). Como ya lo señalamos con antelación, las diferencias de trato están consagradas en la norma jurídica y, por esta razón, es ella la que debe estar sujeta a escrutinio. El propio Fernando Muñoz realiza un estudio inferencial de las sentencias de primera instancia en juicios anti-discriminación bajo la ley 20.609 entre los años 2012-2015, y concluye que el principal problema de las 36 sentencias examinadas es la cultura jurídica de los operadores, la matriz de conceptos y las valoraciones empleadas para decidir sobre la realidad del fenómeno discriminatorio en Chile (Muñoz, 2015a, p. 191). Al parecer, lo que ha faltado es examinar con mayor detención las denominadas categorías sospechosas (art. 2 de la ley 20.609) y hacernos cargo de las condiciones de subordinación y desventaja normativa de grupos e individuos en Chile basadas en su raza, identidad de género, condición socioeconómica o edad, entre otras causales, además de reconocer las asimetrías de cada una de esas categorías (Muñoz, 2015b, p. 159).

En el derecho comparado de hoy, la metodología preponderante en el ámbito constitucional para resolver colisiones de derechos fundamentales es el denominado principio de proporcionalidad. Aharon Barak (2012, p. 3) define proporcionalidad, en sentido amplio, como “el conjunto de reglas que determinan las condiciones necesarias y suficientes (exigidas por la democracia y el estado de derecho), para que la limitación por ley de un derecho constitucionalmente protegido pueda ser considerada admisible”. La idea subyacente es que las medidas adoptadas por las autoridades no deben exceder los límites de lo que se considera apropiado y necesario, con el fin de perseguir objetivos constitucionales legítimos. Esta metodología de adjudicación en materia de derechos fundamentales ha sido recibida de modo limitado en Chile (Álvez, 2013; Álvez y Campos, 2009).

En materia de adjudicación de derechos fundamentales, lo examinado ha sido presentado por algunos autores como una diferenciación arbitraria

o irrazonable, que no cumple con los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia constitucional para ser considerada tolerable (Correa Sutil, 2011, pp. 96-126). Concretamente, respecto de la igualdad se busca establecer si el trato diverso solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencian en aspectos fácticos objetivos y relevantes (Tribunal Constitucional Chileno, Rol 1414, considerando 16). Se considera, en este sentido, lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma son tratados de manera distinta –no pudiendo el trato diferenciado basarse en características subjetivas adscritas, como edad, sexo, raza o condición social–, lo que se traduce como resultado en la imposición de una carga o la negación de un beneficio. En opinión del propio Tribunal Constitucional esta diferenciación resultaría inaceptable (Rol 977, considerando 10). El segundo criterio utilizado para evaluar si la diferencia es arbitraria es que esta no puede fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor situados. Ello implica revisar el acuerdo social que ha consagrado normativamente la existencia de un trato desigual. Estos acuerdos sociales están obviamente sujetos a una evolución, por ello se justificaba antaño una distinción de la ley basada en el color de la piel, reconociendo la calificación jurídica de hombre “libre o esclavo”, lo que hoy sería considerado inadmisibles.

La existencia de una teoría incompleta de igualdad y no discriminación en el texto constitucional no ha sido suplida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema en Chile. Lamentablemente la jurisprudencia a la fecha no ha examinado las asimetrías construidas socialmente, las que se traducen en discriminaciones en la protección y beneficios de la ley, en casos como el matrimonio homosexual (Rol 1881-2010, Tribunal Constitucional); o el establecer la homosexualidad como causal de divorcio en la ley de matrimonio civil (Rol 2435-2013, Tribunal Constitucional). Esto implica que, no obstante haber relevado la importancia de superar un análisis dogmático constitucional de la igualdad en términos puramente formales, el paso a un análisis de igualdad material no ha ocurrido. La grave crítica de la doctrina ha sido la de una jurisprudencia tautológica. Para Correa Sutil (2011, p. 101), los desafíos planteados por la textura abierta del texto de la Constitución y la necesidad de dotar de densidad a las palabras en materia de igualdad han implicado que nuestra

jurisprudencia constitucional sea “vacía o carente de significado, permaneciendo en un nivel de generalidad (cuando no es viciosa repetición de inútiles argumentos) que no pasa de ser un velo tras el cual se esconde un arbitrio judicial que se impone al legislador”.

En una teoría constitucional de la igualdad, esta adquiere un matiz substantivo, se transforma en igualdad “por la ley” (en que se intenta subsanar desigualdades fácticas) y “en la ley” dentro del marco constitucional, lo que exige un análisis relacional. Por ello, resulta necesario estudiar el amplio reconocimiento que tanto el principio de igualdad como el de no discriminación tienen en el derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en el derecho comparado. Si entendemos a la igualdad como un parámetro mínimo de vida social, cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos, decisiones que serán adoptadas por el ejercicio constituyente al cual nos encontramos actualmente enfrentados en Chile. Es esta, por tanto, una oportunidad de repensar la igualdad en términos substantivos para NNA.

2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN CON ESPECIAL MENCIÓN A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2.1. Estándares de derechos humanos en materia de igualdad y no discriminación

Existen diversos instrumentos de derecho internacional que contemplan el principio de igualdad y no discriminación y, por tanto, conforman el estándar internacional en esta materia, el que puede servir como criterio interpretativo para construir el estándar normativo a nivel constitucional. Por aplicación de la actual norma de reenvío (art. 5º, Constitución de 1980) los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes tienen el carácter de fuente del ordenamiento constitucional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consagra los principios de libertad e igualdad como atributos esenciales del hombre,

indicando con su redacción un fin descriptivo y normativo (artículos 1 y 2). Obviamente respecto del principio de igualdad no cae en el error de asumir identidad entre los individuos, sino que refiere a la idea de igual valor de los seres humanos y, por tanto, consagra el principio en un sentido amplio, no restringido solamente a la igualdad ante la ley. Esto se ve reforzado por el tratamiento del principio de igualdad en ambos pactos de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) avanza ya en consagrar la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, para lo cual consagra el derecho a la igual protección de la ley (artículo 2 numeral 1, artículo 3, artículo 24 numeral 1 y artículo 26) mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra la igualdad en el ejercicio de los derechos (artículo 2 numeral 2 y artículo 3). En ambas consagraciones hay un sentido prescriptivo: la igualdad de valor de todos los hombres debe traducirse en igualdad de ejercicio y disfrute de derechos. Para este objetivo el PIDESC expresa que cada uno de los Estados se compromete a adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (artículo 2 número 1).

Esta cláusula es frecuentemente utilizada por los gobiernos como justificación de la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones del Pacto, sin embargo, la obligación es clara y así se ha expresado en los *Principios de Limburgo* (1986) sobre la Aplicación del PIDESC. Se consagra en este instrumento (Parte I, letra A, número 14) que se debe dar atención especial a la adopción de medidas para “mejorar el nivel de vida de los pobres y otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y las minorías”. De la misma manera, se aclara que todos los Estados tienen la obligación de comenzar de inmediato y con toda la rapidez posible a adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia se interpretará esta norma como justificación para aplazar indefinidamente los esfuerzos necesarios para su implementación. De hecho, algunas de las obligaciones exigen plena e inmediata aplicación, como la prohibición de discriminación del artículo 2 número 2 (Parte I, letra A, números 16, 21 y 22). Respecto

de la disponibilidad de recursos, se aclara que independientemente de su nivel de desarrollo económico, se debe garantizar la subsistencia mínima de todas las personas, haciendo un uso equitativo de los recursos (Parte I, letra A, números 25 y 27). Esta obligación está expresamente señalada en el art. 11 del Pacto, que consagra el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Respecto de la cláusula de no discriminación del PIDESC, los *Principios de Limburgo* señalan que es una norma de aplicación inmediata, que requiere de garantía explícita por parte del Estado y establece que se debe “poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación de hecho que resulte de una desigualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recursos u otros factores” (Parte I, letra B, números 35 y 38).

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 20 (2009), señala que la discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población, puesto que el desarrollo económico ha sido inequitativo, habiendo personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas. La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales para efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados partes deben garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna lo que implica que debe eliminarse la discriminación formal como sustantiva, puesto que si se consagra únicamente la igualdad ante la ley no se consigue necesariamente la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes, en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Asimismo, debe eliminarse tanto la discriminación directa como la indirecta (párrafos 1 al 10).

En el plano regional, el Pacto de San José de Costa Rica (1969) consagra para todas las personas, sin discriminación alguna, las garantías de pleno ejercicio de los derechos y la igual protección de la ley (artículo 1 número 1 y artículo 24). El Protocolo de San Salvador (1988), adicional a la Convención Americana, establece que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias a fin de lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo, sin discriminación alguna (artículos 1 y 3).

El estándar regional debe ser complementado con las Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵ La Corte ha señalado en su Opinión Consultiva N° 4 (1984) que: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza” (párrafo 55). Igualmente, ha reforzado en la Opinión Consultiva N° 18 (2003) este principio al manifestar que la no discriminación y la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley son elementos básicos e inseparables del deber de garantizar los derechos humanos (párrafos 83 y 85).

La CIDH considera que el principio de igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley y no discriminación pertenece al *Jus Cogens* y sobre él descansa todo el sistema jurídico nacional e internacional, lo que obliga al Estado tanto a abstenerse de realizar acciones que creen situaciones de discriminación como a adoptar las medidas positivas para revertir situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (Opinión Consultiva N° 18, párrafos 101, 103 y 104).

⁵ En adelante referida como CIDH.

La jurisprudencia de la CIDH ha especificado en el caso *Atala Riffo v. Chile* que “mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención, el artículo 24 protege el derecho a la igual protección de la ley, es decir, prohíbe la discriminación de derecho y de hecho, no solo respecto de los derechos consagrados en el tratado sino también respecto de los derechos consagrados en la legislación interna” (Sentencia serie C número 239/2012, párrafo 82).

La CIDH ha reconocido que “existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno, e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones. En cumplimiento de sus obligaciones los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación de *jure o de facto*, así como adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupos de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (Sentencia serie C número 134/2005, párrafo 178).

La CIDH además ha distinguido entre discriminaciones arbitrarias y no arbitrarias, señalando como principio establecido en el derecho internacional que “el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida” (Sentencia serie C 172/2007, párrafo 104). Así, “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana... la corte ha distinguido entre distinciones y discriminaciones, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos” (Sentencia serie C número 184/2008, párrafo 211). Esta obligación de garantizar

los derechos a toda persona implica “la existencia de una estructura estatal que no solo asegure jurídicamente el ejercicio de los derechos, sino que también garantice su implementación material” (Sentencia serie C número 4/1988, párrafos 166 y 167). Además obliga al poder judicial, “el que debe abstenerse de aplicar normativa contraria a la convención. El cumplimiento de normativa interna contraria a la convención produce responsabilidad internacional del Estado. Los jueces deben ejercer un control de convencionalidad respecto de normas internas que se aplican en casos concretos y la convención. El poder judicial debe tener en cuenta no solamente la Convención, sino también la interpretación de la corte, la cual ha señalado que las obligaciones de la convención deben cumplirse de buena fe, no pudiendo aducirse normativa interna para justificar el incumplimiento de sus preceptos” (Sentencia serie C 154/2006, párrafos 123, 124, 125).

Finalmente, la CIDH también se ha manifestado sobre la necesidad de una garantía reforzada respecto de grupos vulnerables. En esta materia la Corte ha señalado que “toda persona que se encuentre en especial situación de vulnerabilidad requiere de protección especial, no basta con que el Estado se abstenga de violar los derechos, sino que es obligatorio que adopten medidas positivas atendidas las particulares necesidades de protección” (Sentencia serie C 149/2006, párrafo 103).

2.2. Especificidad de la igualdad y no discriminación para niños, niñas y adolescentes

Parece obvio señalar que los NNA, como seres humanos más jóvenes, son sujetos de preocupación moral que debería traducirse en una normativa constitucional. Sin embargo, y a la vez, no tienen las mismas características ni todas las capacidades de los adultos, por ello parece lícito preguntarse ¿poseen los NNA los mismos derechos de los adultos?, ¿sería el contenido de estos derechos el mismo que el de los adultos? ¿El sistema de protección para los derechos de los NNA debe ser el mismo o diferente al de los adultos?

La doctrina mayoritaria sostiene que los NNA no tienen los mismos derechos que los adultos. Freiberg distingue entre derechos solo de adultos

(libertades), derechos de niños y adultos (derechos de bienestar), y derechos solo de niños (derecho a ser amado, alimentado, protegido), los cuales suelen ser denominados derechos de protección (Archard, 2016). Respecto de la pregunta sobre si el contenido de los derechos de NNA y adultos (de bienestar) sería el mismo, existiría consenso en que el contenido será diverso, debido a la natural diferencia de necesidades en las distintas etapas del ciclo vital (Archard, 2016).

En relación a la normativa de igualdad y no discriminación, los NNA están incluidos en la legislación internacional que regula la materia. La pregunta entonces que surge es ¿están los NNA suficientemente protegidos con estos instrumentos o se requiere de normativa especializada? La situación de NNA es diversa, porque eventualmente podrían ser discriminados no solamente por su condición sino también por la de sus padres o cuidadores. Además, pueden ocurrir situaciones de discriminación, por ejemplo, si no se les considera capaces de comparecer en juicio o en sede administrativa, donde podrían reclamar el cumplimiento de sus derechos. Finalmente, NNA podrían ser doblemente discriminados, por su condición de NNA y además por su eventual pertenencia a grupos específicos, como diversidad sexual, étnica, etc. Son estos riesgos los que avalan la necesidad de un instrumento específico de protección reforzada (Besson, 2011, p 443).

La CDN consagra la obligación de los Estados de asegurar la aplicación de los derechos a cada niño sin distinción alguna. Así, prohíbe cualquier distinción en la aplicación de los derechos o castigos basados en cualquier condición, no solo del niño, sino que también de sus padres o representantes legales. Reitera también la necesidad de que los Estados partes adopten las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos consagrados, las que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales serán hasta el máximo de los recursos disponibles y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional (artículo 2 número 1 y artículo 4).

La normativa de la CDN debe complementarse con las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, las que señalan que la mención a la disponibilidad de recursos tiene el sentido de reflejar la realidad de la posible falta de estos, lo que introduce la posibilidad de realización

progresiva, sin eximir a los Estados del deber de demostrar que han adoptado medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y, cuando sea necesario, han solicitado la cooperación internacional. Asimismo, aunque se demuestre que los recursos no son suficientes, sigue en pie la obligación de asegurar el más amplio disfrute posible de los derechos, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos (Observación General N° 5, 2003, párrafos 7 y 8). Específicamente respecto de la obligación de garantizar la aplicación de los derechos a todos los niños sin distinción alguna, el Comité ha señalado que esta norma obliga al Estado a identificar activamente aquellos grupos de niños respecto de quienes, para la efectividad del disfrute de sus derechos, pueda exigirse la implementación de medidas especiales, como la asignación de recursos (Observación General N° 5, 2003, párrafo 12).

La consagración de esta norma de manera específica respecto de NNA ha sido fundamental para avanzar en el reconocimiento de los derechos de los NNA respecto de los adultos, al consagrar su interés superior, y para evitar diferencias arbitrarias entre grupos de NNA. En el contexto de los derechos de NNA, nuevamente podemos recordar el concepto de discriminación, que significa una diferencia de tratamiento de situaciones similares o un tratamiento similar a situaciones disímiles, sea intencional o no, que carece de justificación objetiva y de proporcionalidad entre la distinción y el objetivo de la misma, basada en alguna de las categorías sospechosas (Besson, 2011, p. 451).

La Convención avanza en proteger no solo la igualdad formal sino que también la igualdad material, es decir, el efecto en la práctica de la norma, justificando la adopción de medidas diferenciadas de acción afirmativa que promuevan igualdad en los efectos de la ley. Asimismo, protege contra la discriminación directa e indirecta y obliga a la implementación de medidas de protección directamente justiciables (Besson, 2011, pp. 452-4).

La aplicación de estos estándares de derechos humanos ilumina el debate que debemos tener como sociedad política con el objeto de proponer una norma constitucional que contenga una adecuada cláusula de igualdad y no discriminación arbitraria para NNA en Chile.

2.3. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación para niños, niñas y adolescentes en la experiencia comparada latinoamericana

Lo que anima esta sección es la percepción que las ideas jurídicas más relevantes parecen haber sido siempre creadas lejos de las aulas latinoamericanas, y el conocimiento del denominado Sur Global aparece en las márgenes (Bonilla, 2015). Durante la codificación, los productores del conocimiento jurídico aspiraron a crear normas racionales atemporales. Tal como lo recuerda Merryman y Pérez-Perdomo (2007, p. 29): “El derecho fruto de la razón, era inmune a las diferencias culturales”. Esta sección tiene por objeto examinar algunos casos relevantes latinoamericanos, con el objeto de romper con esta inercia epistemológica de la que todos somos parte, ofreciendo una reflexión jurídica situada en la práctica constitucional de América Latina (Medici, 2010). Es necesario reconocer, sin embargo, que los autores del presente capítulo son participantes del ordenamiento jurídico chileno y, por lo tanto, meros observadores de las prácticas constitucionales de los países latinoamericanos examinados, por ello, desde ya reconocemos un conocimiento limitado del contexto, el que podría perfectamente cambiar lo indicado en la norma y que, dada nuestra relativa lejanía, no es posible comprender cabalmente.

2.3.1 Argentina

Respecto del principio de igualdad y no discriminación, la Constitución Política de la Nación Argentina (CPNA) contempla en el art. 16 que: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas” (art. 16). Argentina incorporó la CDN a su derecho interno el año 1990 y con la reforma constitucional del año 1994 la incorpora a su Constitución. Así, en el artículo 75 número 22, al mencionar la atribución del Congreso de aprobar los tratados internacionales, expresa que una serie de tratados de derechos humanos, entre los que se encuentra la CDN, se entenderán incorporados a la legislación nacional con rango constitucional. Es decir, la

legislación nacional incorpora con rango constitucional el texto íntegro de la CDN. La reforma constitucional establece mandato constitucional de tutela reforzada de los derechos humanos, especialmente respecto de grupos más vulnerables como los niños.

La Corte Suprema de Argentina ha sido pionera en el continente en temas de NNA. Abordamos un caso, el Rol Q. 64. XLVI/ 2012, para ilustrar algunos aspectos relevantes desde una perspectiva comparada. El caso examinado es una acción de amparo interpuesta por una mujer contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por estimar que la respuesta entregada por el programa gubernamental en materia de vivienda no solucionaba la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo discapacitado, vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no solo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22. El tribunal superior señala que su obligación es determinar el contenido del derecho en disputa para el caso concreto, reconoce que por ser los DESC derechos de operatividad derivada, depende de la decisión del Ejecutivo el cómo satisfacer los diversos derechos respecto de toda la ciudadanía. Sin embargo, al mismo tiempo, establece que las medidas que adopte el Ejecutivo deben estar sujetas a la revisión de examen de razonabilidad por parte de la judicatura, ya que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye un límite a la discrecionalidad de los poderes públicos. Una vulneración de la garantía mínima implicaría una vulneración del derecho. Es el mandato de tutela reforzada de los derechos humanos contenido en la Constitución Argentina el que da fundamento al tribunal para examinar la razonabilidad de la política pública del Ejecutivo y determinar incumplimiento de obligación internacional, resolviendo que en este caso la política pública *no pasa el examen de razonabilidad*. Por lo tanto, ordena al Estado argentino a cumplir con las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos que, en virtud de la norma argentina de reenvío, es claramente derecho nacional justiciable. Creemos que este caso demuestra que, bajo las condiciones adecuadas, el derecho internacional de los derechos humanos de NNA pueden dejar de ser un proyecto muerto (Moyn, 2010) y hacer efectivo los principios ilustrados de libertad e igualdad.

2.3.2 Colombia⁶

Por otra parte, la Constitución Política de Colombia (CPC) declara que “el Estado colombiano es un Estado social de derecho, organizado en forma de República... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran...”. Manifiesta que “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Asimismo, “las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en su vida... y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado” (art. 1 y 2). Finalmente, “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” (art. 5). En cuanto a la norma de igualdad, la CPC establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, al mismo tiempo que promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (art. 13). La CPC reconoce expresamente que NNA cuentan con los derechos fundamentales reconocidos en la CDN, así como en la CPC, las leyes y demás instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Igualmente, consagra la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (art. 44). El artículo 67 de la CPC dispone que la educación sea gratuita en las instituciones del Estado sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. La confusa redacción de esta norma constitucional llevó a un incumplimiento reiterado de las obligaciones internacionales del Estado colombiano pues se realizaban cobros en las instituciones educativas públicas sin distinción del nivel educativo (Naciones Unidas/Comisión

⁶ Agradezco las lúcidas explicaciones del contexto colombiano proporcionadas por el profesor Esteban Hoyos de la Universidad Eafit en Medellín, Colombia.

de Derechos Humanos/E/CN.4/2004/45. p. 13).⁷ La gratuidad era la excepción mientras que los cobros eran la regla general (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003).

En el año 2009, un grupo de organizaciones sociales y abogados se unieron para demandar la constitucionalidad de un artículo de la ley general de educación de Colombia que autorizaba al gobierno para regular los cobros. Los demandantes presentaron ante la Corte Constitucional de Colombia argumentos de derecho internacional, jurisprudenciales e históricos con los que solicitaron la declaratoria de inexecutable del artículo demandado, esencialmente, frente a la educación básica primaria, la cual debe ser de acuerdo con los instrumentos internacionales gratuita y asequible a todos de manera inmediata en las instituciones educativas públicas (Hoyos & Castillo, 2012). La Corte (Rol C-376/ 2010) dio la razón a los demandantes y declaró que la norma acusada, en la medida que permitía la aplicación de cobros académicos en el nivel de educación básica primaria, constituía una barrera que obstruye la accesibilidad obligatoria y gratuita a la educación, vulnerando las normas internacionales que establecen de manera clara e inequívoca “la enseñanza primaria (...) obligatoria y asequible a todos gratuitamente”, preceptos que forman parte del bloque de constitucionalidad. En tal sentido, la Corte encontró que la interpretación del artículo quebrantaba el artículo 13 del PIDESC, el artículo 28 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el artículo 13.3 a) del Protocolo de San Salvador y el artículo 67 de la Constitución, interpretado en armonía con estos instrumentos internacionales. La Corte declaró entonces la exequibilidad condicionada del artículo 183 de la Ley 115 de 1994, en el entendido que la competencia que la norma otorga al Gobierno Nacional para regular cobros académicos en los establecimientos educativos estatales, no se aplica en el nivel de educación básica primaria, la cual es obligatoria y gratuita (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-376 de 2010. Magistrado

.....
⁷ “In Latin America, there are essentially no tuition fees (only Colombia has these)”. The World Bank –User fees in primary education: Draft for review, Washington D.C., February 2002, p.7. Según el informe “*Los derechos de matrícula: un obstáculo para la educación universal*” encomendado a la Relatora Especial K. Tomasevski, los países de América del Sur y del Caribe en los que se cobraban derechos de matrícula en la enseñanza primaria pública son: Colombia, Granada, Haití, Jamaica, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y la Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago.

Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva). Si bien los cargos de la demanda no se plantearon en términos de violación al artículo 13 de la Constitución colombiana que consagra el derecho a la igualdad, en la Sentencia, la Corte destaca que el derecho a la educación es una herramienta vital para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 de la Constitución, en tanto potencia la igualdad de oportunidades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-376 de 2010, Consideración Jurídica 5). Esta argumentación demuestra una intencionalidad de superar la mera aplicación formal de las normas y avanzar en un examen riguroso del cumplimiento del principio aludido en la realidad material. Además, coherentemente con las observaciones de organismos internacionales, significa interpretar el principio de igualdad como principio guía de todos los derechos humanos y, por tanto, como parte integrante de la tipicidad iusfundamental del derecho a la educación. La Corte Constitucional realiza estas consideraciones teniendo en cuenta su jurisprudencia previa sobre el derecho a la educación y el contenido de las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales y regionales de protección del derecho a la educación.

2.3.3 México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) expresamente prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (art. 1 inc. final). De la misma manera, consagra que todas las personas gozarán de los derechos fundamentales reconocidos en la CPEUM y los tratados internacionales de los que México sea parte; que sus normas serán interpretadas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo en todo momento la protección más amplia posible; y que todas las autoridades tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos así como de reparar sus violaciones (art. 1 inc. primero, segundo y tercero). La Constitución consta de consagración expresa de derechos de NNA al señalar que en todas las decisiones del Estado se velará

por el principio del interés superior de NNA, garantizando la satisfacción de sus derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, y estableciendo que el Estado es responsable de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos y otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos (art. 4 inc. noveno y décimo primero).

El caso examinado (Rol 2293/2013) trata de una madre que en representación del hijo menor demanda por vía ordinaria civil al padre de reconocimiento de paternidad y al pago de alimentos retroactivos durante los nueve años de vida del niño. La sentencia declara que el demandado es padre biológico del niño. Se condena al padre del niño al pago de las pensiones atrasadas a partir de la fecha de presentación de la demanda, al tratarse el fallo de alimentos de una sentencia cuyos efectos se retrotraen hasta el día de inicio del juicio. La madre en representación del niño recurre de amparo y luego de revisión, solicitando que se condene al padre al pago de alimentos desde el nacimiento del niño, invocando como derechos violados los contenidos en los artículos 1, 4, 8, 14, 16, 17 y 33, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Tribunal, coherente con instrumentos e interpretaciones oficiales de organismos de derechos humanos, favorecido por la existencia de una buena norma de reenvío, señala que los alimentos se deben desde el nacimiento y reconoce el principio de igualdad como valor superior del sistema jurídico y parte integrante de todo derecho fundamental, por lo que debe aplicarse como criterio básico para la interpretación y aplicación de las disposiciones legales, aun en contra de una norma interna expresa que establecía una asimetría. El Tribunal avanza más allá de la mera igualdad formal al reconocer que el derecho humano a la igualdad consiste en que toda persona debe recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos en igualdad de condiciones que otra u otras personas, lo que, por tanto, significa que las personas no solo serán iguales ante la ley sino que también en la ley. El Tribunal reconoce los principios de igualdad e interés superior como ejes principales de interpretación de todos los derechos consagrados en la CDN, así como la necesidad de protección reforzada de NNA. En este sentido, se hace cargo de la doble discriminación de la cual pueden ser objeto los NNA, por su condición de NNA y

por su condición de filiación. Esto, basado en la idea que si respecto de un NNA de filiación no matrimonial los alimentos se deben solamente desde el momento de la presentación de la demanda, se estaría incurriendo en una distinción arbitraria en razón de la filiación. Otro fundamento de la sentencia es la discriminación histórica de la cual han sido víctima los NNA de filiación no matrimonial y conceptualiza el principio de igualdad no como la obligación de proveer una cantidad exactamente igual de algo a todos los NNA, sino como la prohibición de dar un trato inferior a algún NNA que lo excluye del disfrute de las oportunidades a las cuales debe tener acceso.

3. DESAFÍOS DE UN MODELO CONSTITUCIONAL PARA CHILE

3.1. Situación coyuntural del proceso constituyente en Chile y la oportunidad de repensar el modelo de sociedad política desde un contexto general de desigualdad

Fernando Atria (2013, p. 38) propone definir la Constitución como “la decisión fundamental sobre la identidad y forma de existencia de una unidad política, es decir, lo que hace posible que una comunidad política sea un agente político”. Esta idea de norma fundamental como agencia política se encuentra hoy en día en nuestro país, al menos con dos obstáculos. El primero es que la dogmática Constitucional en Chile, durante los siglos XIX y XX, ha tenido un fuerte componente *portaliano*, es decir, un elemento autoritario que ha impuesto un modelo monolítico desde la perspectiva jurídica. Un segundo obstáculo es la apropiación por parte del gobierno autoritario en los 80 de un proyecto denominado por Kennedy “del pensamiento jurídico clásico” que establece una barrera entre el derecho y la política, esgrimiendo como característica del derecho el ser un saber técnico, científico y neutro; dando primacía al derecho privado y adoptando una visión positiva y meramente formal de las normas jurídicas (Kennedy, 2003, p. 632). El objetivo de esta separación estricta –que da lugar al formalismo jurídico nocivo– era, en el caso de la Constitución de 1980, justamente excluir o al menos neutralizar la participación política del pueblo. Específicamente respecto de NNA, ello ha implicado su ausencia como grupo objeto de protección reforzada y su carácter de titulares de derechos fundamentales específicos. El actual proceso constituyente intenta revertir

esa debilidad, proponiendo que el constitucionalismo rinda cuenta a la democracia mediante mecanismos capaces de comprobar si los valores centrales de la población son los adoptados como decisiones colectivas.

Es aquí donde adquiere relevancia el aporte de los tratados internacionales y la medición de su impacto local. Para los autores Eslava & Pahuja (2012, p. 210) “es muy importante llevar el derecho internacional al ámbito de una jurisdicción nacional pues ello nos habilita para hablar, interactuar e incluso accionar la protección de las garantías allí contenidas”. El utilizar argumentos contenidos en tratados de derechos humanos cumple varias funciones: dotar a grupos de base de herramientas o instrumentos para exigir al Poder Ejecutivo un cierto actuar; y, a la vez, dotar a la Administración y al Legislativo de las directrices que permitan la armonización de la norma interna.

Ello implica preguntarse respecto del valor de la igualdad jurídica en tanto valor constitucional, bajo la forma de una abstracción usada para expresar lo que se considera esencial para la humanidad y la buena vida de los miembros de la sociedad chilena, y los derechos fundamentales entendidos como un medio institucional y retórico de expresar, disputar e implementar tales valores (Nedelsky, 2011, p. 5).

Sin embargo, no hay que ser ajenos al desafío que implica la aplicación concreta para el paradigma de la igualdad constitucional, pues lo que en realidad se está haciendo es evaluar la actual distribución de beneficios o cargas en la sociedad política respectiva (Salgado, 2015, pp. 75-112). Se dará vida a una verdadera teoría de la igualdad a través de la fuerza normativa del catálogo de derechos y libertades, lo que es una tarea altamente compleja ya que implica reconstruir los fundamentos sustantivos de la igualdad.

3.2. La Convención sobre los Derechos del Niño como fuente del ordenamiento constitucional chileno: cómo medir su impacto y efectividad

Proponemos una visión crítica respecto a las reales posibilidades de los tratados de derechos humanos de incidir en la realidad material y las contradicciones que han marcado la construcción de los derechos humanos como

proyecto ético-político-jurídico. Ello, ya que la construcción de los derechos humanos no es una historia lineal incremental, sino que para algunos, como Samuel Moyn (2010, pp. 44-83) “han nacido muertos”. Hay casos en que su uso ha significado una victoria para las demandas sociales, pero también han sido utilizados como un elemento de distracción, sin implicar un cambio real en el modelo político o económico. El caso de la igualdad es paradigmático, toda vez que el siglo XX y principios del XXI presentan un aumento exponencial de la desigualdad económica en el mundo, a pesar de la centralidad del concepto de derechos humanos y su concreción normativa en instrumentos estatales e internacionales.

En años recientes, un debate relevante entre académicos de derecho internacional público ha sido el impacto que puede esperarse de tratados de derechos humanos en el ámbito interno. Una opinión crítica es la de Samuel Moyn (2012, p. 335) quien señala que el estudio de la relevancia puramente normativa de los tratados de derechos humanos obscurece las circunstancias históricas que permitirían cambios substantivos, o modelos y discursos alternativos. Además este autor manifiesta que la aplicación de un tratado de derechos humanos en el plano local requerirá la apropiación de los términos por una comunidad jurídica determinada, realizando una intermediación entre los destinatarios directos y las normas del tratado. Esa intermediación no es neutra ni objetiva en opinión de Moyn.

Esto se vincula a la opinión manifestada por Hathaway (2001-2), quien indica que un Estado puede ratificar un tratado sin asumir seriamente en el plano interno el deber de implementación, o el de armonización de la normativa interna y las políticas públicas que lo implementan, debilitando con ello la protección de derechos fundamentales en el ámbito doméstico.

Una posición menos crítica es la de Simmons (2009), quien demuestra con datos empíricos cómo algunos tratados de derechos humanos han tenido un impacto normativo relevante en estados en transición –como es el caso de Chile–, señalando que es posible que los tratados de derechos humanos afecten las políticas públicas domésticas, y aumenten la judicialización y movilización de grupos de la sociedad que valoran los derechos reconocidos

en los tratados y, a su vez, consideran que podrían tener éxito en la protección de los derechos humanos contenidos en ellos.

Nuestro país no ha sido una excepción en este debate acerca de los reales efectos de los tratados de derechos humanos en la realidad nacional, así, Cristóbal Tello (2003, p. 10) señala que “la preocupación del Estado por los niños y adolescentes no necesariamente se ha traducido en políticas públicas que cuenten con la prioridad política y los recursos necesarios para mejorar efectivamente las condiciones de vida”. Sin embargo, es posible destacar que al menos el eje de la conversación respecto de NNA cambió entre el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994), en que se hablaba de “grupos vulnerables prioritarios”⁸, y el gobierno de Ricardo Lagos (2000-2006), en que se señaló a la infancia como un “grupo y actor estratégico para el logro del desarrollo del país”.⁹

Al parecer, la principal preocupación de Chile al ratificar diversos instrumentos de derechos humanos, entre ellos la CDN en 1990, fue reinsertarse en la comunidad internacional. Esta reinsertión, desde la perspectiva interna, impuso la tarea de indicar la forma en que las diversas fuentes de normas internacionales ingresan a nuestro sistema. Ello no significa confundir la dualidad de órdenes jurídicos a que nos vemos enfrentados, esto es el derecho internacional y el derecho constitucional interno. La enmienda al artículo 5º inciso 2º en la Constitución de 1980, actualmente vigente, reconoce como limitación a la soberanía los tratados que versan sobre derechos esenciales de la persona humana. Esto equivale a aceptar el control regional e internacional de los instrumentos de derechos humanos, pero deja abierta la cuestión relativa a su jerarquía en el sistema de fuentes constitucionales (Medina, 1994, pp. 39-54).

Estos, por tanto, son desafíos pendientes que debemos abordar en este proceso constituyente.

⁸ Documento “Avanzando en equidad: un proceso de integración al desarrollo. 1990-1992”. Ministerio de Planificación y Cooperación. Santiago, 1992.

⁹ Discurso Ricardo Lagos al presentar la “Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y Adolescencia”. Santiago, 2001.

3.3. Elementos para una teoría constitucional de la igualdad y no discriminación para niños, niñas y adolescentes en la nueva Constitución democrática y legítima

Para una efectiva garantía del principio de igualdad y no discriminación respecto de NNA en la nueva Constitución, es necesaria la consideración de la igualdad y no discriminación como una idea más compleja y completa que la mera igualdad ante la ley. Todos los conceptos reconocidos relevan la idea, basados en la igual dignidad y valor de todos los seres humanos y grupos sociales, no de que todas las personas tengan necesariamente la misma cantidad de algo, pero sí de que todas puedan disfrutar del ejercicio de los derechos humanos y así entablar relaciones sociales igualitarias. Ello implica consecuentemente, en un proceso constituyente legítimo, revisar a lo menos los siguientes aspectos:

- Un análisis del tipo iusfundamental de la igualdad como una construcción normativa, que no obstante ser fruto de una deliberación colectiva, debe incluir un componente doctrinario; atento a lo dispuesto por los órganos regionales y mundiales de derechos humanos; y que además debe aprender de regímenes foráneos a través del derecho comparado.
- Todo examen que dé cuenta de la aplicación de la cláusula de igualdad y no discriminación arbitraria respecto de NNA debe evitar normas que perpetúen o promuevan la opinión que los NNA son menos capaces o menos dignos de reconocimiento como miembros de la sociedad chilena. Muy por el contrario, se debe trabajar para la consideración de NNA como miembros de la sociedad con igual derecho a ser objeto de respeto, consideración y cuidado.
- Consagrar la calidad de grupo vulnerable de NNA. Fundado en ello, debe consagrarse una garantía reforzada.
- Utilizar un enfoque de infancia en la elaboración del presupuesto nacional, implementando un sistema de monitoreo que permita identificar gastos relativos a infancia y a la vez definir áreas estratégicas del presupuesto para NNA en situación de vulnerabilidad y que requieran medidas de acción afirmativa.

- Incorporar en el texto constitucional una norma de reenvío clara, que indique cuáles serán las normas internacionales aceptadas como fuentes del ordenamiento constitucional en materia de NNA, cuál será su rango y si estarán sujetas a algún control interno.
- Consagrar una norma de igualdad para NNA, expresando diversos contenidos como igual protección de la ley, igual disfrute de los derechos fundamentales, garantía de un trato igualitario o prohibición de un trato sistemáticamente inferior respecto de otros grupos sociales.
- El control de constitucionalidad consagrado en el texto fundamental debe plantear las siguientes interrogantes: ¿el precepto legal sujeto a escrutinio establece diferencias de tratamiento para el NNA basado en una o más características personales?; ¿el precepto legal no toma en consideración la situación desaventajada de ese NNA en el contexto de la sociedad chilena, resultando en un tratamiento diferenciado basado en una o más características personales?; finalmente, se debe examinar si el efecto de este tratamiento diferenciado respecto del NNA impone una carga o lo limita de obtener un beneficio de un modo que refleja una distinción basada en estereotipos o prejuicios.
- Respecto de la titularidad de derechos sería adecuado abrir un debate constituyente que incluya una reflexión sobre el modo de resolver las tensiones entre NNA y padres, tutores y representantes legales.

Se requiere, por ende, terminar con una concepción formal del ordenamiento jurídico en materia de igualdad y no discriminación, y con una mirada ciega ante el contexto político, social e histórico de los grupos desaventajados y destinatarios de protección reforzada a los cuales pertenecen los individuos o grupos, en este caso los NNA; y avanzar en consagrar una teoría de la igualdad bajo los parámetros aquí propuestos. Pensamos que en esta tarea el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado latinoamericano son herramientas no solamente valiosas, sino que indispensables en este ejercicio político de construir el Chile que soñamos para todos los ciudadanos, y con mayor razón para los NNA de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada:

- Aldunate, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2º edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez, A. (2013). La Migración del Análisis de Proporcionalidad a Chile: ‘Matriz Analítica’ o simplemente un ‘Culto’ en la Dogmática de los Derechos Fundamentales. En *Diálogo Judicial Multinivel y Principios Interpretativos Favor Persona y de Proporcionalidad* (pp. 255-308). Chile: Editorial Librotecnia.
- Álvarez, A. y Campos, M. (2009). El Principio de Proporcionalidad como Mecanismo de Adjudicación Constitucional, su uso en el Derecho Comparado. En *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales de los Ciudadanos: las Convenciones Europea y Americana sobre los Derechos Humanos* (pp. 319-330). European Public Law series, Volumen xcii.
- Archard, D. W. (2016). “Children’s Rights”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition). Edward N. Zalta (ed.).
- Atria, F. (2013). *La Constitución Tramposa*. Santiago: Editorial LOM.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge Studies in Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press..
- Beitz, Ch. (2009). *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Besson, S. (2011). The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child, in *Children’s Rights: Progress and Perspectives*. En *Essays from the International Journal of Children’s Rights* 85 (Michael Freeman ed., Martinus Nijhoff Publishers).
- Black W. & Smith L. (1996). The Equality Rights. En G. Beaudain & E. Mendes (Eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. (pp. 8-14). ON: Carswell.
- Bonilla, D. (2015). *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Corre, J. (2011). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Igualdad ante la Ley. ¿Saliendo de la pura tautología? En *Anuario de Derecho Público* (pp. 96-126), Santiago: Universidad Diego Portales.

- Díaz, I. (2012). Igualdad en la Aplicación de la Ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias. *Revista Ius et Praxis*, año 18 N° 2, pp. 33-76.
- Díaz de Valdés, J. M. (2015). ¿Qué clase de Igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?, *Revista Ius et Praxis*, año 21 N° 2, pp. 317-372.
- Eslava, L. & Pahuja, S. (2012). Beyond The (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 45(2), pp. 195-221.
- Fossa, L. (2011). “PSU: Académicos denuncian que consolida la desigualdad”, Ciper Chile, 12 de diciembre, sección Reportajes de investigación, <http://ciperchile.cl/2011/12/12/psu-academicos-acusan-que-consolida-la-desigualdad/> [consultado 17 de abril de 2016].
- García, F. (2014). Es realmente valiosa la igualdad política. *Análisis filosófico*, 34(1), pp. 35-60.
- González, N. (2006). Acciones Positivas: Orígenes, Conceptualización y Perspectivas. En C. de la Torre Martínez (Coord.), *Derecho a la no discriminación* (pp. 307-367). México: UNAM.
- Hathaway, O.A. (2011-2). Do Human Rights Treaties make a difference? *Yale Law Journal* 111 (8).
- Hoyos, E. & Castillo, C. (Eds.) (2012). *¿Todos a la escuela? Retos de la gratuidad de la educación pública en Colombia: la Sentencia C-376 de 2010*. Bogotá: Editorial Universidad Del Rosario.
- Kennedy, D. (2003). Two Globalizations of law & legal Thought: 1850-1968. *Suffolk University Law Review* Vol XXXVI N° 3.
- Lovera, D. (2015). *Igualdad y No Discriminación de Niños, Niñas y Adolescentes: Necesidad de un Sistema de Garantías Reforzadas*. Serie Los derechos de los niños: una orientación y un límite N° 3. Santiago: Unicef Chile.
- MacKinnon, C. (1995). *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.
- Medici, A. (2013). Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y giro decolonial. Seis propuestas para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. En *El Otro Derecho N° 48, Debates Constitucionales en nuestra América. Enfoques y Tendencias* (pp. 19-62). Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos ILSA.
- Medina, C. (1994). *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Santiago: Ediciones Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

- Merryman J. H. & Pérez-Perdomo, R. (2007). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3rd ed. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Moyn, S. (2010). *The Last Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Moyn, S. (2012). Do Human Rights Treaties make enough of a difference? En Costas Douzinas and Conor Gearty (Eds.), *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. Cambridge University Press.
- Muñoz, F. (ed.), (2013). *Igualdad, Inclusión y Derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. Santiago: Editorial LOM y Universidad Austral de Chile.
- Muñoz, F. (2015a). La Ley Zamudio en acción: sentencias de primera instancia sobre acción antidiscriminación emitidas entre diciembre de 2012 y marzo de 2015. *Anuario de Derecho Público UDP*, Vol. 6, pp. 172-191.
- Muñoz, F. (2015b). Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012-2015. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII N° 2 Dic. 2015, pp. 145-167.
- Nedelsky, J. (2011). *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*. Oxford University Press.
- Nogueira, H. (2006). El Derecho a la Igualdad ante la Ley, la No Discriminación y Acciones Positivas. *AFDUDC*, 10, pp. 799-831.
- Reaume, D.G. (2003). Discrimination and Dignity. *Louisiana Law Review*, Vol. 63, p. 645.
- Salgado, C. (2015). Derechos Sociales e Igualdad. *Número Especial de la Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella y María Beatriz Arriagada, pp. 75-112.
- Schaffer, G. & Ginsburg, T. (2012). The Empirical Turn in International Law Scholarship. *American Journal of International Law* 106 (1), pp. 1-46.
- Simmons, B. (2009). *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge University Press.
- Tello, C. (2003). Niños y Adolescentes y el sistema Chile Solidario: ¿Una oportunidad para construir un nuevo actor estratégico de las Políticas Públicas en Chile? *Revista de Derechos del Niño*, Número Dos/ 2003, pp. 9-52.

Zúñiga, A.; Aguilera, D. y Vásquez, A. (2007). Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XX N° 2, pp. 9-30.

Zúñiga, F. (2002). Principio de No Discriminación, Principio de Discriminación Compensatoria e Igualdad Constitucional (Discriminación por Género y Edad). En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (pp. 237-260), Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Valparaíso: Edeval.

Informes estadísticos oficiales citados:

Agencia de Calidad de la Educación, Presentaciones para la prensa. Resultados SIMCE, <http://www.agenciaeducacion.cl/simce/presentaciones-para-prensa-resultados-simce/>, consultado el 17 de Abril de 2016

Ministerio de Desarrollo Social a, Observatorio Social, http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Presentacion_Resultados_Encuesta_Casen_2013.pdf, consultado 17 de abril de 2016

Ministerio de Desarrollo Social b, Observatorio Social, http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_ninos_adolescentes.pdf, consultado 17 de abril de 2016

Legislación y tratados internacionales citados:

Constitución Política de la República de Chile, 1980, Chile

CPNA, Constitución Política de la Nación Argentina, 1994, Argentina

CPC, Constitución Política de Colombia, 1991, Colombia

CPEUM, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México

CDN, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Estados Unidos, Asamblea General de las Naciones Unidas

Defensoría del Pueblo de Colombia. *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2003

DUDH, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Francia, Asamblea General de las Naciones Unidas

Ley Constitucional de Canadá, 1982, Canadá

Ley 20.609, 2012, Chile

Naciones Unidas/Comisión de Derechos Humanos/E/CN.4/2004/45

Observaciones al Cuarto Informe Periódico presentado por Chile, 2015, Suiza, Comité de los Derechos del Niño

Observación General Número 5, 2003, Suiza, Comité de los Derechos del Niño

Observación General Número 20, 2009, Suiza, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Opinión Consultiva Número 4, 1984, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva Número 18, 2003, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Costa Rica, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

PIDCP, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Estados Unidos, Asamblea General de las Naciones Unidas

PIDESC, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, Estados Unidos, Asamblea General de las Naciones Unidas

Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986, Países Bajos, Comisión Internacional de Juristas

Protocolo de San Salvador, 1988, El Salvador, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos

Jurisprudencia citada:

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1999] 1 SCR 497; 170 DLR (4th)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-376 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia Rol 977/2008, Chile, Tribunal Constitucional

Sentencia Rol 1254/2009, Chile, Tribunal Constitucional

Sentencia Rol 1414/2010, Chile, Tribunal Constitucional

Sentencia Rol 1881-2010, Chile, Tribunal Constitucional

Sentencia Rol 2435/ 2013, Chile, Tribunal Constitucional

Sentencia Rol Q. 64. XLVI/2012, Argentina, Tribunal Superior de Justicia de la Nación

Sentencia Rol 2293/2013, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sentencia Serie C número 184/2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia Serie C número 239/2012, Corte Interamericana de Derechos

Humanos

Sentencia Serie C número 134/2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia Serie C número 172/2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia Serie C número 4/1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia Serie C número 154/2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia Serie C número 149/2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Constanza Salgado Muñoz

**El derecho de los niños
a una educación de calidad**

El derecho de los niños a una educación de calidad

1. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA CALIDAD

1.1. Cobertura y calidad

Sin duda, lo que más llama la atención del título de este capítulo dedicado al derecho a la educación de los niños es que se trata del derecho a una educación de *calidad*. Esto quiere decir que el derecho a la educación no solo exige satisfacer una dimensión cuantitativa (cobertura) sino que también requiere satisfacer una dimensión cualitativa (calidad). Usualmente ha primado la dimensión cuantitativa antes que la cualitativa, no solo a nivel de la elaboración de las políticas públicas sino que también a nivel del discurso, lo que ha implicado un déficit en el desarrollo de la determinación del contenido de la calidad y de estándares que lo midan.

Hoy, cuando al menos en Chile hemos alcanzado cobertura universal en el sistema escolar, la calidad se vuelve prioridad¹. Ahora bien, alcanzar la meta

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en derecho tributario y derecho regulatorio, por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Co-autora de los libros *La Propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de las Aguas en Chile* (2016) y *Democracia y Neutralización* (2017). Líneas de investigación: filosofía política, derecho constitucional.

¹ Alcanzar la cobertura universal en materia escolar ha sido un esfuerzo que ha durado más de un siglo, en el que cabe destacar la ley del año 1860 que establece que la instrucción primaria está sujeta a la dirección del Estado y, si bien es gratuita, no es obligatoria. Esta ley además instaura la creación de escuelas a lo largo de Chile, crea el órgano del inspector general y de los visitadores de escuela por provincia. También son relevantes la Ley del año 1920 de Instrucción Primaria Obligatoria, que señala que la educación primaria es obligatoria y que la provisión estatal y municipal es gratuita para ambos sexos; la ley 19.876 de reforma constitucional de 2003, que estableció la obligatoriedad de la educación secundaria y el deber del Estado de proporcionar un sistema gratuito con tal objeto, hasta los 21 años. Sin embargo, es importante resaltar que para alcanzar una real cobertura, una en que los niños efectivamente asisten a las escuelas, no basta con la dictación de

de la cobertura ha requerido transar con ciertos aspectos de la búsqueda de la calidad. Esto pareciera ser inevitable en un comienzo. El punto es recordar que alcanzar la cobertura es solo la primera etapa en la configuración institucional del derecho a una educación de calidad. El problema es que esto se tiende a olvidar, y en el peor de los casos a ignorar, por lo que la calidad, usualmente, queda relegada como parte integrante del derecho a la educación².

Sin embargo, la calidad es parte esencial del derecho a la educación. La razón es sencilla: *una educación que no es de calidad no logra cumplir con los fines que la educación busca alcanzar.*

Por eso, poner hoy en día el énfasis en la calidad refuerza que el derecho a la educación no se agota cuando se alcanza la cobertura.

1.2. La importancia de la calidad

La educación es el instrumento que hace posible que cada persona desarrolle sus potencialidades al máximo y posteriormente pueda aprovechar sus frutos. Implícito en el objetivo principal de la educación, que es desarrollar plenamente la personalidad de cada niño, está el objetivo de nivelar las desigualdades, principalmente, las de carácter social. Así, la idea es que el

una ley que establezca su obligatoriedad (y obviamente su gratuidad). Para la asistencia efectiva es necesaria la prohibición del trabajo infantil y adolescente, la construcción de escuelas y la entrega de comida que permita tener a niños mínimamente nutridos. Respecto a esto último, fue crucial la creación en 1930 de las Juntas de Auxilio Escolar, las que proveían a las escuelas de alimento, ropa y útiles para los niños más pobres.

²En el caso de Chile es interesante notar que la introducción del sistema de financiamiento compartido, hoy abolido por la ley 20.845 por ser un incentivo para segregación escolar, puede ser como el *trade off* entre cobertura y calidad. Lo que el financiamiento compartido permitió fue que los sectores medios pudieran acceder a educación de una calidad que el Estado no estaba proveyendo. En la interpretación de Atria (2013, p. 47), “como el Estado no podía o no estaba dispuesto a elevar la educación que financiaba hasta esos niveles, se vio forzado a permitir el financiamiento privado. Este abandono puede ser explicado ya por una convicción neoliberal, ya por el hecho de que el Estado no tenía los recursos necesarios para asumir esa carga. Desde esta perspectiva, *el financiamiento compartido puede ser visto como la manera en que el Estado compensó el déficit de gasto en educación causado por la necesidad de concentrar los recursos disponibles en el problema más urgente de aumentar la cobertura del sistema escolar*”.

origen y el contexto social que cada niño trae consigo no sea un obstáculo para que alcance su pleno desarrollo. Este espacio de nivelación es crucial para toda sociedad que aspire a organizarse de manera justa. Por eso, un compromiso serio con la justicia, hoy en día, exige un compromiso real con la igualdad de oportunidades.

En este sentido, un sistema de provisión de educación de mala calidad fracasa en su pretensión de abrir a *todos* iguales oportunidades de desarrollo de la personalidad. Esto porque lo probable es que las desigualdades sociales determinarán la calidad de la educación recibida y la educación de mala calidad es la que le tocará recibir a los más pobres. Esto significa que la educación será una forma más de transmitir privilegios y reproducir injusticias³.

Por eso, en consonancia con el objetivo fundamental de la educación y el principio de igualdad real de oportunidades, es que puede afirmarse que el derecho a la educación del que todas las personas, y en especial los niños, son titulares, es a una educación de calidad, es decir, a una educación que permita a todos los niños un desarrollo que los habilite para perseguir su realización personal. En esta misma línea, la Organización Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) han afirmado que: “El pleno Derecho a la educación de calidad y pertinencia es condición esencial para superar la pobreza y avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades. El aumento de los niveles educacionales, en especial entre los grupos más pobres, así como la disminución en brechas de género, incrementarían la movilidad social y elevarían los retornos del trabajo y la calidad misma de los recursos humanos. A la vez que permitirían garantizar el acceso pleno a la ciudadanía”⁴.

³ Pierre Bourdieu y Passeron, en su famosa investigación que dio origen al libro *Los Herederos*, señalan que la eficacia de los factores sociales de desigualdad es tal que incluso la igualación de los medios económicos podría realizarse sin que el sistema deje por eso de consagrar desigualdades “a través de la transformación del privilegio social en don o en mérito individual” (Bourdieu y Passeron, 2009, p. 45). De hecho, los autores invierten la función de la educación, señalando que esta, de alguna forma, se pone al servicio de la legitimación de los privilegios.

⁴ CEPAL/UNICEF (2006), “El Derecho a la educación: una tarea pendiente para América Latina y el Caribe”, *Boletín Desafíos* N° 3.

1.3 La calidad y los fines de la educación

Una educación de calidad es una que cumple con los fines que la educación busca alcanzar. Como se ha afirmado y se reiterará a lo largo del capítulo, el fin más importante de la educación es el desarrollo pleno de la personalidad del niño. Este objetivo, tan amplio porque supone un “desarrollo holístico” del niño⁵, nos permite entender que el derecho a una educación de calidad requiere no solo el desarrollo de capacidades cognitivas en los niños sino que también la enseñanza de valores y la vivencia de experiencias que lo hagan comprender su propio valor. Como ha señalado la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño, de 2001, que desarrolla el artículo 29 de la CDN relativo a los *Propósitos de la Educación* “la educación a que tiene derecho todo niño es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la «educación» es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad”. De esta forma, el derecho a una educación de calidad requiere de la provisión de una educación *integral*.

En este sentido, debe subrayarse que al Comité de los Derechos del Niño, en sus últimas Observaciones a Chile (2015), le preocupa que la educación está siendo evaluada estrictamente de acuerdo con las normas y los indicadores de evaluación cognitivas, con exclusión de los otros objetivos a los que la educación ha de propender, como son la igualdad de derechos

⁵ Tomo la frase “desarrollo holístico” de la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño, de 2001. Cabe señalar que de acuerdo a este mismo texto, el cumplimiento del objetivo más importante, a saber el desarrollo pleno de la personalidad del niño, de alguna forma, exige el de los demás objetivos de la educación. Así, la Observación General N° 1 señala que los objetivos de la educación “son el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades (29 (1) (a)), lo que incluye inculcarle el respeto de los derechos humanos (29 (1) (b)), potenciar su sensación de identidad y pertenencia (29 (1) (c)) y su integración en la sociedad e interacción con otros (29 (1) (d)) y con el medio ambiente (29 (1) (e))”.

entre hombres y mujeres, el desarrollo de la empatía, el respeto a los compromisos, la participación en la vida democrática y el respeto por el medio ambiente⁶. Es por esto que el Comité exhorta a Chile a asegurar, en materia educativa, el desarrollo de estos otros objetivos, también cruciales para una educación de calidad.

Por todo lo ya dicho, se hace evidente que una educación de calidad no puede entender a los niños-estudiantes como sujetos pasivos, meramente receptores de una educación sobre la que no tienen nada que decir. Por el contrario, el derecho a una educación de calidad supone al niño-estudiante no solo como participante activo del proceso en que se educa, sino que también como un sujeto con el derecho a expresar su opinión acerca del contenido que se le enseña y la forma en que se le transmite. Esta dimensión del derecho a una educación de calidad ha sido reconocida por el Comité en su Observación General N° 1, cuando afirma que “el proceso educativo no debe socavar, sino consolidar, los esfuerzos destinados a promover el disfrute de otros derechos”. Por ejemplo, la educación debe impartirse de tal forma que se respete la dignidad intrínseca del niño y se permita a éste *expresar su opinión libremente*, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12, y *participar en la vida escolar*.⁷

2. EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Objetivos de la educación y estándares

El derecho a la educación ha sido reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos desde sus inicios. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) lo consagra en su artículo 26, fijando ciertos estándares (párrafo 1) y los objetivos (párrafo 2) a los cuales la educación ha de propender. Estos objetivos y estándares han

⁶ Concluding observations on the fourth periodic report of Chile (CRC/C/CHL/CO), October 2015, advanced unedited version.

⁷ Sobre el derecho de los niños a participar en general en la definición de los asuntos comunes, véase en este mismo libro el capítulo de Domingo Lovera: “Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes”.

servido de matriz y guía en el reconocimiento de este derecho en los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸ y en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁹. Estos dos últimos textos normativos, cada uno a su manera, han profundizado el contenido de este derecho.

2.1.1. *Objetivos de la educación*

Como se señaló en la introducción, que el derecho internacional de los derechos humanos establezca *objetivos de la educación* es crucial para entender que el derecho a la educación siempre ha de ser concebido como el derecho a una educación de *calidad*. La razón es que *los objetivos de la educación añaden al derecho a la educación una dimensión cualitativa* y, a la vez, proveen de un estándar que permite valorar la calidad de la educación provista por los diversos sistemas educacionales vigentes en los distintos países.

Pero, además, los objetivos de la educación muestran la importancia de este derecho, no solo desde la perspectiva de los titulares que lo gozan y ejercen, sino que desde la perspectiva de la sociedad en que se inserta: la educación cumple una función crucial en el fortalecimiento de los derechos humanos y en la profundización de la democracia. En este último sentido, el artículo 13 del PIDESC, reiterando y desarrollando lo señalado en el artículo 26 de la DUDH, establece que la educación “debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”¹⁰. Por su parte, el artículo 29 de la CDN, que

⁸ Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y publicado el 7 de mayo de 1989.

⁹ Ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990 y publicada el 27 de septiembre de 1990.

¹⁰ En este sentido, ya en 1954, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconocía –en una famosa sentencia en que prohibió la segregación racial en las escuelas– la importancia de la educación, al señalar que “[e]n la actualidad, la educación es quizá la función más importante de los gobiernos estatales y locales. Tanto las leyes de asistencia obligatoria a la escuela como los grandes gastos para la educación demuestran nuestro reconocimiento de la importancia de la educación para nuestra

como vimos establece los propósitos de la educación, amplía más aún los objetivos del artículo 13, en la medida en que la educación también debe inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; debe prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; y finalmente también debe inculcarle el respeto del medio ambiente natural.¹¹

El objetivo o propósito más importante de la educación, sin embargo, es el *desarrollo pleno del niño*. Como señala la CDN, la educación ha de estar encaminada, en primer lugar, a “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”. De hecho, precisamente por el impacto profundo que la educación tiene en el desarrollo personal de cada individuo es que la educación *es un derecho, y no solo un bien importante* que las sociedades han de proteger. Resaltando la importancia de este objetivo, la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), que desarrolla el derecho a la educación, declara que “de todos esos objetivos de la educación que son comunes al párrafo 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al párrafo 1 del artículo 13 del Pacto, acaso el *fundamental* sea el que afirma que **«la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana»**” (destacado agregado).

sociedad democrática. Se requiere en el desempeño de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluso el servicio en las fuerzas armadas. Es el fundamento mismo de una buena ciudadanía. Hoy en día es el instrumento principal en el despertar del niño en los valores culturales, en su preparación para la posterior formación profesional y en la ayuda para ajustarse normalmente a su medio ambiente. En estos días, es dudoso que pueda razonablemente esperarse que cualquier niño tenga éxito en la vida si se le niega la oportunidad de recibir educación. Esa oportunidad, que el Estado se ha comprometido a proporcionar, es un derecho que debe ponerse a disposición de todos en igualdad de condiciones”. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹¹ Como se señaló en la parte introductoria, las últimas Observaciones del Comité de los Derechos del Niño a Chile (Concluding observations on the fourth periodic report of Chile, CRC/C/CHL/CO, October 2015, advanced unedited version) hacen notar una insuficiencia en asegurar el desarrollo de los objetivos de la educación distintos a los meramente cognitivos.

Por su parte, la Observación General N° 13 del Comité DESC destaca el carácter complejo de la educación, *como derecho y como medio*, afirmando que: “La educación es un *derecho humano intrínseco* y un *medio* indispensable de realizar otros derechos humanos”. Desarrollando la característica de ser un medio para la realización de otros derechos, se ha señalado que “la educación es entonces un *derecho habilitante*, pues permite la realización de todos los derechos humanos” (Muñoz, 2011, p. 31). Más allá incluso, la Observación General N° 11 del mismo Comité DESC señala que la educación “se ha clasificado de distinta manera como *derecho económico, derecho social y derecho cultural*. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un *derecho civil y un derecho político*, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”.

Resaltar los objetivos de la educación antes que los estándares es importante. La razón es que los Estados, en su obligación de proteger, respetar y cumplir, no solo han de adoptar los estándares que los instrumentos determinan, sino que el contenido de dicha educación ha de satisfacer los objetivos que el derecho internacional de los derechos humanos establece. Como se dijo, estos objetivos añaden una dimensión cualitativa al derecho a la educación. Siendo el objetivo principal del derecho a la educación el *desarrollo del niño al máximo de sus posibilidades*, es posible afirmar que *el derecho a la educación no es un derecho a cualquier educación, sino el derecho a una educación de calidad*¹², es decir, a una educación que permita a los niños lograr un *desarrollo pleno*. En este sentido, la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño señala que “si en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del

¹² En este sentido, el constitucionalismo latinoamericano en sus nuevas constituciones, nacidas todas de procesos participativos y democráticos, ha reconocido el derecho a una educación de *calidad*. Así sucede en la Constitución de Bolivia, en su artículo 78; la Constitución de Ecuador, en su artículo 27; la Constitución de Venezuela, en su artículo 103; y la Constitución de Colombia, en su artículo 67.

artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación”.¹³

2.1.2. Estándares

En cuanto a los estándares, el artículo 13 del PIDESC y el artículo 28 de la CDN, a continuación de consagrar el derecho a la educación, dirigen una serie de instrucciones al Estado, el que deberá a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; y c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados¹⁴.

Contrarrestando los argumentos que típicamente acusan de indeterminación a los deberes asociados a los derechos sociales¹⁵, el Comité DESC ha precisado en sus Observaciones Generales estos distintos tipos de deberes, enfatizando en torno a aspectos que requieren más urgencia y aspectos

¹³ Puede sostenerse que una educación de calidad involucra dos aspectos. Por un lado, el desarrollo del aspecto cognitivo, entendido en términos amplios; por el otro, el desarrollo emocional, de valores y actitudes. En este sentido, el párrafo 9 de la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño señala que la educación “debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y por que ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales”.

¹⁴ Cabe señalar que ni el PIDESC ni la CDN hacen referencia a la educación pre-escolar dentro de los estándares.

¹⁵ El derecho a la educación como derecho social implica deberes positivos para el Estado. La pregunta, por supuesto, es cuáles son estos deberes. Al respecto, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido determinando, de manera amplia a través de sus Observaciones Generales y de manera más concreta a través de sus Observaciones a los Informes Periódicos que rinden los países, los deberes que tienen los Estados respecto del derecho a la educación.

respecto a los que puede avanzarse progresivamente. Desarrollando los estándares sobre el derecho a la educación antes señalados, la Observación General N° 13 profundiza en ellos, afirmando que la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: a) disponibilidad; b) accesibilidad, con sus tres dimensiones de no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica; c) aceptabilidad; y d) adaptabilidad¹⁶.

La disponibilidad requiere que haya escuelas a disposición de los niños en todo el territorio del Estado, escuelas que deben contar con las condiciones materiales básicas (instalaciones sanitarias con agua potable, materiales de enseñanza, docentes, etc.). Sobre este punto, es importante hacer mención que en las últimas Observaciones a Chile, el Comité de los Derechos del Niño ha mostrado preocupación por la aún falta de cobertura en las zonas rurales del país y por el deterioro de las condiciones materiales de las escuelas públicas¹⁷. Por su parte, la accesibilidad exige el cumplimiento efectivo del principio de no discriminación, así como también hacer real la asistencia de los niños a las escuelas. Nuevamente, al Comité de los Derechos del Niño, en sus últimas Observaciones, le sigue preocupando la discriminación que sufren las mujeres embarazadas y madres adolescentes en el acceso a educación¹⁸. Así también, al Comité le preocupa la dificultad de acceso a educación que sufren los niños migrantes, en situación de calle y pertenecientes a pueblos indígenas¹⁹. El principio de aceptabilidad complementa de manera cualitativa los anteriores principios, en la medida en que enfatiza la necesidad de respetar, en cuanto a la forma y contenido de la educación, no solo los derechos sino que también la perspectiva del sujeto al cual la educación se orienta. En este sentido, en Chile se hace

¹⁶ Para mayor detalle respecto de cada una de estas características véase párrafo 6 de la Observación N° 13. Esta categorización se basa, a su vez, en el enfoque desarrollado por Tomasevski y denominado de “las 4-A”, por sus siglas en inglés (availability, accessibility, acceptability; adaptability).

¹⁷ Concluding observations on the fourth periodic report of Chile (CRC/C/CHL/CO), October 2015, advanced unedited version.

¹⁸ Concluding observations on the fourth periodic report of Chile (CRC/C/CHL/CO), October 2015, advanced unedited version. Además, el Comité recomienda desarrollar e implementar una estructura regulatoria que asegure que los establecimientos educacionales del sector privado cumplan con el principio de no discriminación, promueven la inclusión y respetan la diversidad.

¹⁹ Concluding observations on the fourth periodic report of Chile (CRC/C/CHL/CO), October 2015, advanced unedited version.

sumamente importante la elaboración de programas educacionales que se adapten a las necesidades y los derechos de los pueblos indígenas²⁰. Finalmente, el principio de adaptabilidad requiere de los Estados la flexibilidad para adaptarse a las necesidades de nuestras sociedades en constante transformación, así como a las necesidades de los propios estudiantes.

2.2. Cumplimiento del derecho a la educación

2.2.1. Cumplimiento progresivo e igualdad de oportunidades

De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la educación, por su carácter de derecho social, es de *cumplimiento progresivo*²¹. Así lo consagra de manera general el PIDESC en su artículo 2 párrafo 1 y la CDN en su artículo 4. Respecto del derecho a la educación, la CDN afirma en el encabezado del artículo 28 esa progresividad. Lo que es más llamativo, sin embargo, es que a continuación de afirmar esa progresividad y en el mismo encabezado, la CDN establece que el ejercicio del derecho del niño a la educación ha de realizarse en *condiciones de igualdad de oportunidades*.

Como se sabe, si bien la educación puede reproducir y agudizar las desigualdades existentes, también puede aplacarlas. Por supuesto, lo primero es un déficit, lo segundo es a lo que la educación ha de propender. Incluso, de manera más fuerte, puede sostenerse que la educación es la principal herramienta que hace posible que las desigualdades de origen de los niños se purguen.

Entendiendo esto, la CDN da un paso importante en relación al PIDESC, en la medida en que establece que *los Estados han de crear las condiciones para que el niño pueda ejercer su derecho a la educación en igualdad de oportunidades*²². Esta consagración es crucial y muestra un compromiso profundo

²⁰ En este sentido, como Espejo señala, uno de los grandes desafíos de Chile es la enseñanza en lengua indígena (Espejo, 2014, p. 26).

²¹ Que los derechos sociales sean de cumplimiento progresivo significa, como contrapartida, que el Estado debe evitar medidas regresivas respecto a ellos.

²² Si bien el PIDESC no hace referencia al ejercicio de los derechos en igualdad de oportunidades, la Observación General N° 13 sí lo considera un principio aplicable cuando señala que es en virtud

con lo que significa la educación en sociedades en que el desarrollo pleno vale para todos y no solo para unos pocos, en la medida que obliga a los Estados no solo a *garantizar una igualdad formal sino que una igualdad sustantiva*: la educación que el Estado ha de garantizar en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, respecto al derecho a la educación, no se satisface entregando cualquier tipo de educación sino que una educación de una calidad que permita al niño desarrollarse en el futuro en plenitud. De esta forma, si las escuelas públicas ofrecen una educación de mala calidad (o dispar calidad, dependiendo, por ejemplo, del barrio donde está situada la escuela), que deja a los niños que a ellas acuden en una situación desmejorada frente a los demás, el Estado estaría incumpliendo el deber que el artículo 28 establece con respecto a la igualdad de oportunidades²³.

Lo anterior nos lleva a concluir que, para el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la educación ha de entenderse como *el derecho a una educación de una calidad tal que permita a todos iguales oportunidades de desarrollo*.

Finalmente, cabe señalar que el reconocimiento que la CDN hace en el mismo encabezado, tanto de la progresividad como de la igualdad de oportunidades, es sumamente interesante desde la perspectiva de la relación entre escasez e igualdad. Esto, porque la progresividad en el cumplimiento de los derechos sociales se funda precisamente en la escasez de recursos. Agregar a continuación, como contrapartida, el principio de igualdad de oportunidades, que implica que *el Estado ha de propender a que la escasez de recursos no genere desigualdades sustantivas*: los recursos escasos han de distribuirse de acuerdo a un régimen de igualdad.

de dicho principio que el Estado tiene “la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad”.

²³ En este sentido, el Comité DESC, en las Observaciones Finales respecto de Holanda, expresa su preocupación por las consecuencias de la “Tuition Fees Act”, que ha llevado a un aumento constante en el costo de la educación. Estos aumentos, según el Comité, son contrarios al principio de igualdad de oportunidades entre los niños de familias ricas y los niños de familias pobres (párrafo 185). Por esta razón, el Comité recomienda al gobierno a que tome las medidas adecuadas para mitigar o eliminar los efectos adversos de la “Tuition Fees Act”. UN Doc. E/1999/22.

2.2.2. Cumplimiento inmediato y obligación de no discriminar

El derecho a la educación, en cuanto derecho social, no solo genera obligaciones de cumplimiento progresivo sino que también *obligaciones de cumplimiento inmediato*. Una de ellas es la que el Comité DESC, en su Observación General N° 13, reconoce cuando señala que: “Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como la «garantía» del «ejercicio de los derechos... sin discriminación alguna»”²⁴. De esta forma, el Comité señala que: “La *prohibición de la discriminación*, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; *se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación* y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”.

Esta obligación de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna es reconocida por el artículo 2 párrafo 2 del PIDESC y el artículo 2 párrafo 1 y 2 de la CDN. Respecto al derecho a la educación, esta obligación es apremiante toda vez que, como se vio en el apartado inmediatamente anterior, si bien la educación en su dimensión emancipadora hace posible el pleno desarrollo de todos, en su dimensión opresiva puede ser utilizada para agudizar o perpetuar desigualdades.

Con el objeto de evitar esto es que el Comité DESC señala que la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la educación sin discriminación vale inmediatamente. De hecho, la importancia de evitar discriminaciones en esta esfera es lo que llevó también a la dictación de la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, en

²⁴ En relación a la progresividad es pertinente lo señalado en la Observación General N° 3 de 1990, en la que el Comité DESC señala, en el párrafo 1, que “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”. En seguida, el Comité señala en el párrafo 2 la segunda obligación de cumplimiento inmediato que “consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de «adoptar medidas», compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración”.

1960²⁵. De acuerdo al artículo 1 de esta Convención “se entiende por «discriminación» toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”, y en especial, “limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo” y/o “instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos”²⁶. En este mismo sentido, el artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer garantiza no solo igual acceso sino que una educación de igual calidad para hombres y mujeres²⁷.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado en su Observación General N° 1 que el principio de no discriminación está incluido en lo que ha de considerarse una educación de calidad, en la medida en que las prácticas discriminatorias están en abierta contradicción con el objetivo principal de la educación de desarrollar la personalidad del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

Finalmente, es importante resaltar que la calidad de la educación entregada se vuelve una consideración relevante a la hora de juzgar si un Estado está dando cumplimiento a sus obligaciones de no discriminación. Diferencias demasiado importantes en la calidad de la educación que reciben ciertos grupos (mujeres, negros, indígenas, etc.) son un buen indicador de que están siendo objeto de discriminación.

²⁵ Convención ratificada por Chile el 26 de octubre de 1971 y publicada en el Diario Oficial el 30 de noviembre de 1971.

²⁶ En el caso *Brown vs Board of Education*, decidido en 1954, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que una educación igual para blancos y para negros requería de escuelas integradas, ya que la política anterior de “separados pero iguales” era un oxímoron, es decir, auto-contradictoria (Roemer 1998, p. 5).

²⁷ Así también, el artículo 5° de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

2.3. Estructura del derecho a la educación

2.3.1. Titularidad

El sujeto activo del derecho a la educación, de acuerdo al artículo 13 párrafo 2 del PIDESC, son *todas las personas*²⁸. Sin embargo, adicionalmente, la CDN en su artículo 28 señala que: “Los Estados Partes reconocen el *derecho del niño* a la educación”²⁹. De esta forma, puede sostenerse que titulares del derecho a la educación son *todas las personas y, en especial, los niños*.

A este respecto, es útil considerar el rol de los padres o tutores en el ejercicio de este derecho. Esto, porque como se verá más adelante, la DUDH y el PIDESC reservan a los padres un lugar en la configuración de este derecho, en la medida en que les reconocen tanto la libertad para que sus hijos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, como la elección del establecimiento educacional. Así, puede sostenerse que, de manera general, en el derecho internacional de los derechos humanos, *los padres tienen el derecho a educar a sus hijos*³⁰. En este sentido, cabe destacar que la Constitución de 1980 señala en su artículo 19 N° 10 inciso 3° que “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”.

La pregunta, por supuesto, es cómo debe entenderse este derecho de los padres en relación al derecho a la educación y a los demás derechos de los que los niños son titulares. Sobre esta relación se profundizará más adelante (apartado N° 4). Sin embargo, debe señalarse que, en principio, no hay contradicción en la medida en que *los padres ejercen el derecho a educar a sus hijos no en su propio interés sino en el interés superior del niño*. Por otra parte, es crucial entender que el derecho de los padres a educar a sus hijos es de *ejercicio obligatorio*. Es por esta razón que no hay contradicción en afirmar que los padres tienen un derecho y a la vez un deber de educar a sus hijos. La razón es que, si bien son los padres los titulares de este derecho,

²⁸ La DUDH señala, de hecho con más fuerza aún, que “toda persona tiene derecho a la educación”.

²⁹ El Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia Rol 2731, del 26 de noviembre del 2014, ha señalado que “la titularidad del derecho a la educación es de los alumnos” (considerando 162).

³⁰ Así ha sido reconocido por Klaus Dieter y Mieke Verheyde. Ambos indican, no obstante, que no se trata de un derecho de carácter absoluto, como se verá en el apartado N° 4.

es el interés de los niños en ser educados lo que dicho derecho protege. En este sentido, es importante hacer una precisión.

La posibilidad de distinguir derechos de ejercicio obligatorio, es decir, derechos que es obligatorio ejercer (como el derecho de los padres de educar a sus hijos) de derechos de ejercicio facultativo, es decir, derechos que pueden o no ejercerse a voluntad del titular (como el de libertad de expresión) surge cuando los derechos se dejan de entender exclusivamente como esferas de autonomía³¹ y comienzan a ser entendidos como ámbitos de protección de ciertos intereses que la comunidad política considera valiosos³². Es entonces cuando se hace posible distinguir entre el titular del derecho, por una parte, y el interés que el derecho protege, por la otra. La regla general es que titular e interés protegido coincidan en la misma persona, caso en el cual su ejercicio es facultativo o voluntario: el titular perfectamente puede renunciar al ejercicio de su derecho toda vez que este ejercicio protege solamente sus intereses. Pero este no siempre ha de ser el caso. De esta forma, *cuando el titular no es el mismo que el sujeto cuyo interés es protegido por el derecho*, afirmar que el titular tiene un deber (constitucional o legal) de ejercer el derecho, no es incompatible con su carácter de derecho.

Esto último es lo que sucede en el caso del derecho de los padres a educar a sus hijos, toda vez que el interés que el derecho protege no es inmediatamente el de los padres, los titulares del derecho, sino que el de los niños a recibir educación³³.

2.3.2. Destinatario y deberes correlativos

Los destinatarios de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales que los consagran son los Estados, en quienes recaen las

³¹ Véase, por ejemplo, Alessandri, 1998, pp. 311-312.

³² Véase, por ejemplo, Alessandri, 1998, p. 312.

³³ Algo similar ocurre con el derecho a sufragio y la obligación legal de votar. Que votar sea un deber legal no es incompatible con su carácter de derecho porque en este caso el interés que el derecho a sufragio protege no es inmediatamente el del titular sino que el de la comunidad política. Es principalmente la existencia y permanencia de una comunidad política democrática el interés que el derecho a sufragio protege. Esta es la razón por la cual la obligatoriedad de su ejercicio se justifica.

obligaciones positivas (de hacer) y/o negativas (no hacer) que ellos requieren. Para Henry Shue, sin embargo, no hay para cada derecho un único deber correlativo, ya que “hacer efectivo un derecho involucra la realización de múltiples tipos de deberes” (Shue, 1996 p. 52). Una tipología de deberes fue posteriormente desarrollada por Asbjom Eide, quien identificó tres niveles de obligaciones en relación a la implementación del derecho a la alimentación adecuada³⁴.

Tomando esta idea, hoy el derecho internacional de los derechos humanos afirma que para cada derecho hay que distinguir entre tres tipos de deberes: primero, una obligación negativa que se realiza evitando dañar o violar los derechos (respetar)³⁵; segundo, una obligación positiva, que se enfoca precisamente en proteger los derechos de terceros que los puedan violar (proteger); y finalmente, el deber de hacer efectivos los derechos, que implica una actividad proactiva con especial énfasis en aquellos que no pueden proveer a su propia protección (realizar). Esta división ha sido adoptada por el Comité DESC y consagrada expresamente en la Observación General N° 13, cuando señala que “el derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las *obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer”.³⁶

2.4. La libertad de escoger establecimiento educacional y la libertad de establecer instituciones de enseñanza

En la configuración del derecho a la educación, el derecho internacional de los derechos humanos establece no solo deberes positivos para el Estado

³⁴ Véase Coomans, 2004.

³⁵ Puede sostenerse que la obligación de respetar los derechos fundamentales es universal, es decir, no solo vale para los Estados, pues todos podrían ser considerados como destinatarios de este deber general. A este respecto véase Nickel 1987.

En cambio, los deberes positivos, como el deber de proteger, pueden obligar a individuos, pero en general corresponde primariamente a los Estados.

³⁶ Las Observaciones Generales N° 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 también reconocen estos tres niveles de obligaciones: respetar, proteger y cumplir.

sino que también obligaciones de abstención. En efecto, el artículo 13 del PIDESC, en su párrafo 3, consagra dos libertades para los padres (o tutores legales): escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas³⁷ y hacer que sus hijos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones³⁸. De acuerdo a la Observación General N° 13 del Comité DESC, esta última libertad no impide la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva. Sin embargo, el mismo Comité observa que es contrario al párrafo 3 del artículo 13 que la enseñanza pública incluya instrucción en una determinada religión o creencia, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres.³⁹

³⁷ Lo anterior, siempre y cuando aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza. La DUDH también señala, en su artículo 26 párrafo 3, que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

³⁸ La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 12 párrafo 4, relativo a la libertad de conciencia y de religión, establece que: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Cabe señalar que esta es la única norma de la Convención que hace referencia a la educación.

³⁹ Al respecto, es pertinente el caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs Denmark* de 1976 decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos. El caso trataba de un conjunto de padres daneses que, teniendo hijos en edad escolar que asistían a escuelas públicas en Dinamarca, alegan que la educación sexual obligatoria introducida por el “Act N° 235” de 1970 (con el objeto principal de prevenir embarazos adolescentes y abortos) infringía el derecho a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones morales y religiosas. Al respecto, la Corte señala, en primer lugar, que el establecimiento del currículum es en principio competencia de los Estados y no de la Corte y que el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones morales y religiosas no impide que el Estado pueda impartir a través de la enseñanza, directa o indirectamente, información o conocimiento de tipo religioso o filosófico. Según señala la Corte, este derecho no permite a los padres objetar la integración de dicha enseñanza en el currículum escolar porque, de otra forma, la institucionalización de la enseñanza correría el riesgo de volverse impracticable. Por supuesto, según la Corte, el Estado debe cuidar que la información que se incluya en el currículum sea transmitida en forma objetiva, crítica y pluralista. El Estado tiene prohibido perseguir objetivos adoctrinadores. En este sentido, a la luz de los antecedentes, la Corte señala que la educación sexual que se incorpora al currículum tiene por objeto brindar información objetiva, precisa y científica al respecto, a fin de que llegado el momento los adolescentes puedan cuidar de sí mismos y mostrar consideración por los otros. La Corte señala que lo anterior tiene relevancia en el orden moral, pero que su carácter general no implica sobrepasar los límites de lo que un Estado democrático puede considerar como de interés público. La examinación de la legislación que mandata al Estado a establecer un sistema de educación sexual obligatoria de ninguna manera equivale a un intento de adoctrinamiento destinado a abogar por un tipo específico de comportamiento sexual. Dicha legislación no tiene por objeto exaltar el sexo o incitar a los alumnos a disfrutar precozmente de prácticas que son peligrosas

A diferencia del PIDESC, la CDN no consagra respecto de padres (o tutores) ni la libertad para elegir escuelas privadas ni para hacer que sus hijos se eduquen de acuerdo a sus convicciones morales y religiosas. La pregunta, por supuesto, es si, de acuerdo a la CDN, los padres tienen alguna cabida en esta materia. La respuesta es positiva y deriva de una lectura sistemática del artículo 28 párrafo 1, artículo 18 párrafo 1, artículo 5 y artículo 14 párrafo 2. Por una parte, de acuerdo al artículo 18, los padres “tienen la *responsabilidad primordial de la crianza* y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”; por la otra, el artículo 5 establece que “los Estados han de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres... de *impartirle*, en consonancia con la evolución de sus facultades, *dirección y orientación apropiadas* para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Adicionalmente, el artículo 14 párrafo 2 establece que “los Estados han de respetar los derechos y deberes de los padres de *guiar al niño* en el ejercicio de su derecho a la libertad de conciencia de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

De esta forma, puede sostenerse que la CDN reconoce el derecho de los padres a educar a sus hijos (Verheyde, 2006, p. 47ss). Sin embargo, lo reconoce no de manera absoluta. En primer lugar, un límite claro aparece cuando las convicciones morales y religiosas de los padres son racistas y contrarias a los derechos humanos⁴⁰. El segundo límite deriva de las propias convicciones morales y religiosas de los niños. En este sentido, cabe enfatizar que de acuerdo al artículo 14 ya visto, el derecho de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su libertad de conciencia, *debe ejercerse conforme a la evolución de sus facultades*. Así, el derecho de los padres de guiar a sus hijos se debilita a medida que las capacidades de los niños evolucionan.

Por otra parte, el derecho de los padres a educar a sus hijos ha de ejercerse en interés del niño y, por tanto, es a la luz de este interés que este derecho ha

para su estabilidad, salud, futuro, o bien que muchos padres consideran reprobables. Además, no afecta al derecho de los padres a iluminar y aconsejar a sus hijos.

⁴⁰ Al respecto, en el caso *Campbell and Cosans vs The United Kingdom*, la Corte Europea de Derechos Humanos señala que las convicciones morales y religiosas que el Estado ha de respetar son las que son dignas de respeto en una “sociedad democrática” y no son incompatibles con la dignidad humana.

de entenderse. Los padres son titulares de este derecho porque están, frente al Estado, en una posición privilegiada a la hora de proteger el interés de sus hijos, y han de ejercerlo en la medida en que la inmadurez del niño le impide ejercerlo por sí mismo. Pero a medida que el niño crece y madura el derecho de los padres ha de ceder frente al de sus hijos, toda vez que tal como la CDN reconoce, poco a poco (es decir, progresivamente) el niño va adquiriendo la autonomía necesaria para ejercer él mismo sus propios derechos (Couso, 2006)⁴¹.

Las conclusiones que se pueden extraer en relación con el artículo 13 párrafo 3 del PIDESC son, por lo tanto, que los padres, al asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos, deben promover los mejores intereses de sus hijos y que, además, pierden este derecho una vez que sus hijos maduran en cuestiones religiosas y morales (Dieter, 2006, p. 559).

2.5. La libertad de enseñanza

En términos similares, tanto el artículo 13 párrafo 4 del PIDESC como el artículo 29 párrafo 2 de la CDN establecen que nada de lo dispuesto en relación al derecho a la educación ha de interpretarse como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en relación a los objetivos de la educación, y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Como se observa, la libertad que reconocen dichos instrumentos es una *libertad condicionada* a los fines propios de la educación y sometida a las normas que el Estado dicte. Sobre el particular, el Comité DESC ha señalado que en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de

⁴¹ Cabe señalar que una de las principales innovaciones de la CDN es la consideración del niño como sujeto de derechos. Sobre esta base, los niños ejercen sus derechos en consonancia a la evolución de sus capacidades. Esto es lo que se ha denominado autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos. Esta nueva comprensión de la autonomía aplicada al caso de los niños se sustenta principalmente en los artículos 5, 12 y 14 de la CDN.

oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 *no provoque disparidades extremadas de posibilidades* en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad. Por lo demás, para el Comité DESC ningún Estado tiene la obligación de financiar las instituciones privadas y, si así lo decide, debe hacerlo sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos.

Además, es importante resaltar que la existencia de provisión privada no significa en caso alguno que el Estado pueda desprenderse de sus obligaciones con respecto a la educación⁴². Sobre este punto es pertinente también lo establecido en la Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño, que si bien señala que las empresas y las organizaciones sin fines de lucro pueden contribuir a la prestación y la gestión de servicios educativos “es importante destacar que los Estados no están eximidos del cumplimiento de las obligaciones que han asumido en virtud de la Convención cuando externalicen o privaticen servicios que afecten a la efectividad de los derechos del niño”. Por esta razón, el Comité DESC establece que los Estados tienen el deber de adoptar medidas concretas a fin de velar que los derechos enumerados en la Convención, como lo es el derecho a la educación, no se vean comprometidos con la provisión privada.

⁴² Así, por ejemplo, Julie F. Mead, haciendo una revisión del sistema de vouchers y de las decisiones de las Cortes de los Estados Unidos relacionadas, ha señalado que este sistema se vuelve problemático en la medida en que elimina u obstaculiza la provisión de un sistema público de educación. Según este autor, un sistema público comprende dimensiones que van más allá del puro financiamiento público, y al menos incluye un propósito público, acceso público, responsabilidad pública y currículum público (Mead, 2015). En este sentido, si bien el sistema de vouchers preserva el financiamiento público, ciertamente disminuye o elimina las otras dimensiones de lo público que un sistema de educación pública ha de proveer. En el mismo sentido, Klaus Dieter señala que el esquema de vouchers es altamente problemático porque tiende a socavar el sistema de educación pública. Según el autor, subyace a la idea de la educación como derecho humano la noción de que la educación es un bien público respecto al cual el Estado es responsable. Un Estado que implementa un sistema de vouchers no cumple con esta responsabilidad, por ejemplo, porque tiende a comodificar la educación, porque desvía la atención de importantes reformas que pudiera necesitar el sistema público, etc. (Dieter 2006, pp. 480-481).

3. LA POSIBILIDAD DE UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD EN CHILE

3.1. Calidad y descomodificación

Como se ha visto, para el derecho internacional de los derechos humanos el objetivo más importante de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana. Solo una educación de calidad logra este objetivo. Pero no solo eso. Solo una educación de calidad abre oportunidades de desarrollo de la personalidad a *todos*. La razón es sencilla: por regla general, la educación de mala calidad es la que le tocará recibir a los pobres.

En este sentido, tanto las últimas Observaciones del Comité DESC como las del Comité de los Derechos del Niño, notan con preocupación las “agudas disparidades que existen actualmente en la calidad de la educación entre las escuelas privadas, subvencionadas y públicas”⁴³. Ambas Observaciones llaman la atención respecto a la problemática diferencia de calidad que existe en las escuelas, cuestión que incluye desde la infraestructura hasta la preparación de los docentes. Así, consistentemente, ambos Comités recomiendan a Chile “eliminar las agudas disparidades en calidad”⁴⁴ o bien “hacer hincapié en la calidad de la educación y acelerar la asignación de más recursos destinados a la educación, en particular en las escuelas públicas gratuitas”⁴⁵.

La pregunta entonces es cómo mejorar la calidad de la educación en Chile, que no es sino la pregunta sobre cómo eliminar la disparidad de calidad entre la educación que reciben los más ricos y los más pobres. En esta última parte me gustaría vincular calidad con lo que se ha llamado *descomodificación*⁴⁶. La

⁴³ Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile del Comité DESC (E/C.12/CHL/CO/4), junio de 2015.

⁴⁴ Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile del Comité DESC (E/C.12/CHL/CO/4), junio de 2015.

⁴⁵ Concluding observations on the fourth periodic report of Chile (CRC/C/CHL/CO), October 2015, advanced unedited version.

⁴⁶ El concepto de comodificación (commodification) y su par contrario descomodificación (decommodification) es la principal herramienta conceptual que utiliza Esping-Andersen al momento de analizar políticas sociales correlativas a derechos sociales que tienen por objeto asegurar el bienestar de la población, independizándolo del mercado. Así, *la función de los derechos sociales es hacer posible la descomodificación de las necesidades humanas, la cual ocurre cuando su satisfacción no depende del mercado* (Esping-Andersen, 1990).

idea central es, básicamente, la siguiente: mejorar la calidad de la educación requiere como punto de partida remover la educación del mercado, esto es, descomodificarla, haciendo que deje de ser una mercancía (un *commodity*). La razón es que cuando la educación está sujeta al mercado la calidad se tiende a distribuir desigualmente. Si no fuera así, se hace difícil entender por qué el deterioro de las condiciones materiales o la falta de docentes capacitados que preocupa a los Comités solo afectan a las escuelas públicas; no se entiende por qué en la Prueba de Selección Universitaria de 2015, el 71% de los estudiantes de las escuelas públicas no alcanzó los 500 puntos, mientras que en el caso de los estudiantes de colegios privados solo el 16% no consiguió obtener dicho puntaje.

Entonces, cuando se trata del derecho a una educación de calidad, la cuestión es cómo hacer para que la calidad no esté determinada por lo que cada uno pueda pagar sino sea para todos, porque lo que nos importa es una educación que les abra a todos iguales oportunidades de desarrollo de la personalidad.

3.2. Sistema educativo chileno: el derecho a la educación como derecho a un mínimo

En el sistema educativo chileno la educación escolar (básica y media) es obligatoria y el Estado garantiza a todos el acceso gratuito a ella. No obstante, desde 1980, el mercado es el eje central a partir del cual este sistema educacional se configura. Esto se observa cuando vemos que hasta antes de la ley 20.845 los establecimientos educacionales particulares podían: (i) cobrar a los estudiantes por la provisión de educación que ofrecían; correlativamente los estudiantes y sus familias pagaban el precio que, por supuesto, más se ajustaba a su capacidad económica⁴⁷; (ii) elegir a quiénes ofrecían sus servicios y a quiénes excluían (seleccionar); (iii) operar como si se tratase de un emprendimiento económico, es decir, como un negocio que permitía su enriquecimiento (lucrar). Es sobre la base de esta lógica que el Estado chileno garantizaba el derecho a la educación: a través de una subvención,

⁴⁷ Esto es lo que se denomina “financiamiento compartido”. Para saber sobre su funcionamiento y sus dramáticas consecuencias en términos de segregación y desigualdad véase Atria (2012).

que o bien servía para financiar las escuelas públicas a las que asistían gratuitamente quienes no podían pagar nada, o bien servía para financiar parcialmente escuelas particulares que recibían a niños que podían pagar algo.

No es difícil notar que, bajo este modelo, el derecho a la educación opera como el *derecho a un mínimo*. En el mercado si alguien no puede pagar por lo que necesita, simplemente no lo obtiene: bajo las reglas del mercado el que tiene lo que otro busca no está obligado a entregarlo o proveerlo sino a cambio de algo (dinero, por lo general), y si quien lo necesita no tiene ese algo, lo que sucede es que no podrá obtenerlo. Por supuesto, si son zapatillas, la cuestión es menos importante. Pero si el bien o servicio que se necesita es salud o educación, es brutal que quien no tiene dinero no pueda acceder a ellos.

Para evitar esa dramática consecuencia, la lógica con la cual se construyó el sistema educacional chileno es sobre la base de entender que los derechos sociales obligan al Estado a proveer de un *mínimo*⁴⁸, el cual no debe de impugnar el mercado que ha de seguir vigente.⁴⁹ Esto significa que el que puede pagar más se educará en un colegio particular⁵⁰; el que puede pagar poco, se educará en escuelas particulares subvencionadas⁵¹ y el que no puede pagar irá a una escuela municipal⁵². Como ha señalado Atria, cuando

⁴⁸ Esta comprensión de los derechos sociales, como prestaciones dirigidas a quienes no pueden acceder a los bienes esenciales que el mercado ofrece, incluso ha llegado a ser el enfoque más tradicional de la teoría constitucional en su análisis de dichos derechos. Así, para Robert Alexy, por ejemplo, los derechos sociales serían derechos “del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de los particulares” (Alexy, 1993, p. 482).

⁴⁹ De acuerdo a información provista por la OCDE, Chile es el país de esa organización con mayor proporción de gasto privado en todos sus niveles educativos. <http://www.oecd.org/education/Chile-EAG2014-Country-Note.pdf>.

⁵⁰ De acuerdo a información provista por la OCDE, en Chile el 14% de los niños asiste a colegios privados, en comparación con el promedio de 4% de la OCDE. <http://www.oecd.org/education/Chile-EAG2014-Country-Note.pdf>.

⁵¹ De acuerdo a información provista por la OCDE, en Chile el 48% de los niños asiste a escuelas particulares subvencionadas, en comparación con el promedio de 14% de la OCDE. <http://www.oecd.org/education/Chile-EAG2014-Country-Note.pdf>.

⁵² De acuerdo a información provista por la OCDE, en Chile el 37% de los niños asiste a escuelas públicas, en comparación con el promedio de 82% de la OCDE. <http://www.oecd.org/education/Chile-EAG2014-Country-Note.pdf>.

el paradigma neoliberal era ampliamente hegemónico, esta segregación era reconocida y celebrada porque “el hecho de que la educación pública fuera educación para pobres le proveía el mejor «incentivo» a todo el que pudiera huir de ella para que lo hiciera tan rápidamente como pudiera. Y por eso la calidad de la educación debía ser «administrada» para «contener el aumento de la calidad de la educación subvencionada», en vez de permitir que ella se «expand[iera] indiscriminadamente». Solo manteniendo, artificialmente si era necesario, una diferencia notoria de calidad entre la educación pública y el resto se evitaría que quienes podían pagar educación de su bolsillo la recibieran gratis del Estado” (Atria, 2014, p. 111).

Como se observa, el sistema educacional chileno se estructuró sobre la base de segregar, de distribuir la calidad de la educación que recibiría cada estudiante en atención a la riqueza de sus familias. Es por esto que, si bien todos los niños y adolescentes tienen asegurado el *acceso* a educación hasta el último año escolar (cobertura), no todos tienen las *mismas oportunidades* de desarrollo. Hoy no es posible afirmar, en términos *sustantivos*, que todos los niños tienen acceso a una educación que desarrolle sus potencialidades y les abra las puertas al futuro en similar medida.

3.3. Descomodificación de la educación

Hasta antes de la ley 20.845, el Estado chileno no garantizaba el derecho a una educación de calidad ni tampoco el ejercicio de este derecho en igualdad de oportunidades y, de esta forma, no cumplía con el objetivo fundamental de la educación reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos antes vistos. Como se señaló, el sistema educativo chileno se organizaba de forma tal que la calidad de la educación ofrecida a la que cada estudiante accedía dependía de lo que sus familias pagaban y, de esta forma, no garantizaba iguales oportunidades a todos. Así también, el Estado tampoco garantizaba la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación, en la medida en que aceptaba *discriminaciones de hecho* por la vía de permitir a los establecimientos educacionales la selección de sus estudiantes por mérito (el que seleccionar por mérito sea básicamente equivalente a seleccionar por origen social es inevitable en sociedades desiguales como la

chilena, en que hay una estrecha correlación entre resultados académicos y grupo socioeconómico).

Por eso, encaminarse en la dirección de garantizar el derecho a una educación de calidad, en igualdad de oportunidades y sin discriminación requiere, antes que todo, tomar medidas para que la educación deje de estar sujeta a la lógica del mercado (que diferencia la calidad de la oferta en proporción al pago) y se sujete a la lógica de los derechos sociales, pero esta vez, no entendidos como mínimos. Cambiar dichas reglas, es decir, cambiar el régimen de la educación, es el objetivo que el Estado ha de hacer suyo para proteger y cumplir con el derecho de los niños a una educación de calidad, en la medida en que es así como el sistema educativo tenderá progresivamente a elevar su calidad. En efecto, sustraer a la educación del mercado, para hacerla un verdadero derecho social, es condición necesaria para que la calidad mejore para todos.

¿No se puede mejorar la calidad para todos, manteniendo la posibilidad de que quienes pueden pagar (poco o mucho) por la educación de sus hijos lo hagan? Es decir, ¿no se puede mejorar la calidad para todos manteniendo el mercado? Mantener escuelas diferentes para ricos (para quienes pueden pagar) y para pobres (para quienes pueden pagar poco o nada) pero hacerlas iguales en calidad pareciera no ser posible. Esa posibilidad fue, de hecho, lo que puso en cuestión la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954 cuando señaló que “en el campo de la educación pública, la doctrina de «separados pero iguales» no tiene lugar. Las escuelas separadas son inherentemente desiguales”⁵³. La razón es evidente: en un sistema que diferencia (sea entre ricos y pobres, sea entre blancos y negros), la mala calidad de la educación es algo que solo afecta (de manera directa y relevante) a los pobres, lo que significa que es para mejorar la calidad de la educación que reciben “otros niños”, que los ricos tendrán que pagar más impuestos para aumentar el gasto público; es para mejorar la educación de “otros niños” que los políticos tendrán que enfrentarse en el Congreso. Así, la calidad de la educación mejorará sin urgencias y nunca alcanzará un nivel similar a la que reciben los más ricos.

⁵³ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

En cambio, cuando el sistema educativo deja de diferenciar (por dinero o por color de la piel, por ejemplo), la calidad se vuelve prioridad. La razón es que como ahora el imperativo de mejorar la calidad no es solo para los más pobres sino que para la mayoría de la población, se reduce la posibilidad de lo que siempre ocurre cuando los servicios públicos solo se entregan a los más pobres: que terminan siendo servicios públicos “*para pobres*”⁵⁴. Esto, porque los más pobres carecen del poder político y de la influencia necesaria para mantener o mejorar la calidad de los servicios que se les entregan. Por eso, cuando estos servicios se ofrecen a un conjunto más amplio de la población y no solo a los más pobres, la calidad de los servicios y bienes tiende a mejorar, ya que quienes los reciben tienen poder e influencia para mejorarla (Atria, 2014). Nótese además que en estas condiciones la calidad mejora para todos y, de esta forma, la importancia de la calidad adquiere un nuevo sentido. Porque lo que importa del derecho a una educación de calidad es que la calidad sea para todos porque solo así la educación ofrecerá a todos iguales oportunidades de desarrollo.

Cambiar las reglas que sujetan la educación al mercado fue básicamente lo que hizo la ley 20.845 respecto a la educación *financiada con fondos públicos*⁵⁵: (i) puso gradualmente fin al financiamiento compartido, es decir, al pago por educación; (ii) puso fin a la selección de estudiantes; y (iii) puso fin al lucro en el desarrollo de la actividad educativa⁵⁶.

⁵⁴ Esto ha sido iluminadoramente dicho por Amartya Sen: “Beneficios destinados exclusivamente para los *pobres* terminan a menudo hasta siendo *beneficios pobres*” (“Benefits meant exclusively for the poor often end up being poor benefits”), en “The Political Economy of Targeting”.

⁵⁵ En las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile del Comité DESC (E/C.12/CHL/CO/4), el Comité recomienda al Estado chileno que siga adelante con la reforma que terminaría en la ley 20.845, de inclusión. El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para asegurar que la reforma al sistema educativo elimine todos los mecanismos que provocan la discriminación y segregación de los estudiantes debido a su condición económica y social, y, entre otros, asegure la implementación efectiva de la Ley de Inclusión que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro de los establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

⁵⁶ Cabe señalar que las reglas más importantes del proyecto de ley fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional por un grupo de senadores de derecha. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del proyecto, reconociendo un amplio margen al legislador para configurar el derecho a la educación y reiteró “que *la calidad de la educación está comprendida dentro del derecho a la educación*. Por lo mismo, la finalidad de mejorar dicha calidad es de aquellas que legítimamente puede perseguir el legislador” (STC R. 1361, R. 1363, R. 2731 y R. 2787).

Ahora, que la ley 20.845 vaya en la dirección correcta no significa que se haya llegado hasta el final del camino: transita por el camino correcto, pero queda a medio andar. Porque si bien la Ley 20.845 eliminó la posibilidad del pago privado tanto en las escuelas municipales como en los colegios particulares subvencionados, dejó vigente la posibilidad de pagar para acceder a colegios privados (es decir, colegios que no requieren de financiamiento público, ya que se financian enteramente con el pago que hacen las familias). Como es evidente, no solo la riqueza y el capital social están acumulados en las familias de los niños que asisten a colegios particulares pagados, sino que también el poder y la influencia. Por eso, lo problemático es que a pesar de la ley 20.845, aún en Chile seguimos manteniendo desunidos los intereses de las familias más ricas con los intereses de las demás familias. Esto significa que quienes deciden sobre las subvenciones y quienes toman decisiones públicas sobre educación, siguen sin ver involucrados sus intereses y aún continúan decidiendo sobre los intereses de “otros”: siguen señalando sobre el monto de la subvención que financiará la educación de los hijos de quienes no pueden pagar una colegiatura enteramente privada, mas no la de sus hijos.

4. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

¿Debe el derecho a la educación estar consagrado en una (nueva) Constitución?⁵⁷

En el contexto del debate que ha generado el reclamo de una nueva Constitución que reemplace a la Constitución de 1980, algunos juristas han aprovechado la ocasión para afirmar que los derechos sociales debieran estar ausentes en una nueva Constitución. Así, por ejemplo, lo han señalado José Francisco García y Jorge Correa, quienes, sosteniendo tesis a favor del minimalismo constitucional, opinan que la Constitución solo debiera consagrar

⁵⁷ Es posible sostener que, con independencia de si una nueva Constitución consagra o no el derecho a la educación, el Estado de Chile se encuentra igualmente obligado ante el derecho internacional a cumplir con las obligaciones que le imponen los tratados que ha firmado y que, en este caso, son relevantes, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño.

derechos civiles y políticos de manera indeterminada y más bien lapidaria. Para ellos, los derechos sociales, por sus características, no debieran consagrarse a nivel constitucional. Jorge Correa, por ejemplo, ha acuñado el término de “entrarle a la Constitución con una goma más que con un lápiz” para que esta sea “un conjunto mínimo de reglas y derechos muy básicos y escuetamente definidos” (Correa, 2013, p. 34). Por su parte, José Francisco García, tomando el término de Correa, ha señalado que “en materia de derechos sociales, *debemos ir con goma al texto constitucional, limitándolos a los derechos civiles y políticos básicos*, y dejando al legislador la concreción de cuanta legislación social está dispuesta a dotarse nuestra comunidad política” (García, 2013).

Estas afirmaciones se fundan en una determinada comprensión de los derechos y de su rol en la Constitución. Según esta comprensión, los derechos deben ser entendidos exclusivamente como espacios de autonomía que permiten que sus titulares puedan reclamar protección jurisdiccional frente a la intervención del Estado. Como consecuencia, su rol en la Constitución es de servir de límites a la democracia, ya que según Correa “la idea de derechos constitucionales que puedan invocarse ante la justicia conlleva necesariamente la noción de límites a las mayorías” (Correa, 2015). Desde esta perspectiva, llenar la Constitución de derechos sería, según Correa y García, contraproducente para el “legislador democrático”, ya que la jurisdicción constitucional adquiriría un rol preponderante frente a este.

Esta comprensión, sin embargo, es equivocada. Su error radica en su reduccionismo. En efecto, dicha comprensión entiende los derechos exclusivamente como espacios de autonomía que admiten ser jurisdiccionalmente protegidos. En primer lugar, tal comprensión pasa en silencio frente a la perspectiva de que los derechos también tienen por función *proteger ciertos intereses que la comunidad política considera valiosos*, mandando al Estado a intervenir en la vida social en pos de ellos. Bajo esta comprensión admiten ser entendidos no solo los derechos sociales sino que también los derechos civiles y políticos. En segundo lugar, la comprensión de Correa y García niega el carácter de derecho constitucional a todo derecho que no sea justiciable ante tribunales (o no lo sea en la medida que lo son los derechos civiles). El énfasis en el carácter justiciable de los derechos sociales ha sido

en gran parte un intento por contrarrestar la afirmación anterior y mostrar que los derechos sociales no solo tienen la misma dignidad que los derechos civiles y políticos, sino que son “auténticos” derechos. Sin embargo, los derechos sociales no requieren de exigibilidad judicial para ser considerados auténticos derechos constitucionales. La formulación canónica de H. Kelsen y W. Hohfeld respecto al concepto de “derecho subjetivo” no contiene como elemento central su accionabilidad ante tribunales (Arriagada, 2012). Los derechos sociales son derechos en la medida en que imponen a los destinatarios deberes correlativos, sean exigibles jurisdiccionalmente o sean exigibles a través de la acción política.

Por otra parte, Correa y García reducen equivocadamente el rol de los derechos a servir de límites a las mayorías, olvidando que estos también pueden ser entendidos como habilitaciones hechas para que el Estado actúe y, en este caso, para que el legislador y la administración configuren un sistema educativo que reconozca la educación como un derecho. Por lo demás, el límite a las mayorías solo es efectivo si se estructura un modelo de control judicial fuerte, donde las cortes pueden imponer su lectura de la Constitución frente a la que el legislador ofrezca de la misma. Sin embargo, hay otros modelos en que el legislador es el primer intérprete de los derechos y el principal encargado de su realización. En esta medida, a diferencia de lo que sostiene Correa y García, los derechos no son solo los que pueden ser protegidos jurisdiccionalmente.

Ahora bien, ¿es importante incluir derechos sociales en la Constitución? La respuesta no se sitúa en el nivel de la teoría, sino que en el de la práctica política y jurídica. En el contexto chileno, el reconocimiento del derecho a la educación a nivel constitucional (art. 19 N° 10), pese a su no justiciabilidad, ha sido de gran importancia para la reivindicación de demandas sociales. En efecto, el reconocimiento constitucional de dicho derecho permitió que los estudiantes y sus familias pudieran reclamar (en 2006 y, luego de manera más fuerte, en 2011 y los años siguientes) que el régimen legal vigente estaba lejos de realizar el derecho a la educación y más bien lo contradecía. La consagración constitucional del derecho a la educación hizo que la ciudadanía se empoderara, interpretara su contenido e impugnara el sistema educacional chileno. Y, paralelamente, hizo que el legislador

podiera dar cauce al reclamo de la ciudadanía, afirmando ser destinatarios del deber derivado de este derecho.

De esta forma, los derechos sociales en la Constitución, sean o no justiciables, no solo imponen al Estado deberes correlativos que lo habilitan para actuar sino que también abren el espacio para que la ciudadanía pueda reclamarlos. Además, su presencia en la Constitución sirve para contrarrestar el común argumento de quienes se oponen a políticas sociales, según el cual ellas afectan la libertad y/o la propiedad. En el caso de Chile, parece difícil que una Constitución que no contempla un derecho a la educación haya respaldado la reforma llevada a cabo por la ley 20.845, ni menos haber sido utilizada para defenderla ante el Tribunal Constitucional, considerando que sus principales disposiciones afectaban la libertad de enseñanza. Fue el reconocimiento constitucional del derecho a la educación en el artículo 19 N° 10 lo que permitió que el Tribunal Constitucional pudiera reinterpretar la libertad de enseñanza a la luz de aquel, y declarar que la libertad de enseñanza era una libertad teleológicamente orientada a realizar el derecho a la educación⁵⁸.

En un contexto como el chileno, en que se encuentra gran oposición frente a políticas sociales mínimamente redistributivas, una Constitución sin derechos sociales haría imposible hacerle frente a las impugnaciones que afirman que dichas políticas afectan la propiedad o la libertad en alguna de sus dimensiones y que, por esta razón, son inconstitucionales.

5. CONCLUSIONES

A lo largo del capítulo se ha tratado de explicar cuál es el contenido y la estructura del derecho de los niños a una educación de calidad, haciendo especial énfasis en el derecho internacional de los derechos humanos. Como forma de concluir, tres cuestiones centrales merecen ser destacadas.

⁵⁸ En la sentencia que declaró constitucional la ley 20.845, el Tribunal Constitucional señala que “[la libertad de enseñanza] no es un fin en sí misma. *Ella está concebida para dar cauce al derecho a la educación.* Dicho derecho a la educación exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su «desarrollo y perfeccionamiento» (STC R. 2787, considerando 42).

En primer lugar, que el derecho a una educación de calidad exige cumplir con los objetivos y propósitos de la educación, siendo reconocidamente el más importante, el desarrollo pleno de la personalidad de los niños. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, que una educación de calidad capaz de cumplir con los objetivos que se busca alcanzar requiere de la provisión de una educación integral, que además reconozca el derecho de los niños a participar y expresar su opinión. Finalmente, como se desarrolló en la última parte, que una educación de calidad que abra iguales oportunidades de desarrollo a todos requiere de un régimen que la trate como un derecho social, es decir, como un bien no sujeto a las reglas ni a la lógica del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arriagada, M. B. (2012). “Los derechos sociales: únicos derechos fundamentales”. En Aguilar Gonzalo (Ed), *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*. Santiago: Librotecnia.
- Atria, F. (2007). *Mercado y ciudadanía*. Santiago: Flandes Indiano.
- Atria, F. (2012). *La mala educación*. Santiago: Catalonia.
- Atria, F. (2013). *Neoliberalismo con Rostro Humano*. Santiago: Catalonia.
- Atria, F. (2014). *Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM.
- Bourdieu, P. y Passeron, J. C. (2009). *Los Herederos: los estudiantes y la cultura*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- CEPAL/UNICEF (2006). “El Derecho a la educación: una tarea pendiente para América Latina y el Caribe”, *Boletín Desafíos N° 3*.
- Coomans, F. (2004). “Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches”. En *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, núm. 50. Pamplona: Universidad de Navarra.

- Correa, J. (2013). “¿Ha llegado la hora de una nueva constitución?”. *Anuario de Derecho Público* 2013. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Correa, J. (2015). El buen y mal uso de una Constitución: Una respuesta a Raúl Letelier y una crítica a los neo constitucionalistas progresistas, columna de opinión en Diario Constitucional, 11 de marzo de 2015, <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-buen-y-mal-uso-de-una-constitucion-una-respuesta-a-raul-letelier-y-una-critica-a-los-neo-constitucionalistas-progresistas>
- Couso, J. (2006). “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”. En *Revista de Derechos del Niños*, números 3 y 4. Santiago: UNICEF-Universidad Diego Portales.
- Dieter, K. (2006). *The protection of the right to education by international law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Espejo, N. (2014). “El derecho a la educación en el derecho internacional de los derechos humanos”. En *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Vol. 1, N° 1.
- Esping-Andersen, G. (1990). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- García, J. F. (2013). Minimalismo Constitucional, columna de opinión en La Tercera, 21 de octubre de 2013. <http://voces.latercera.com/2013/10/21/jose-francisco-garcia/minimalismo-constitucional/>
- Mead, J. (2015). “The right to an education or the right to shop for schooling: examining vouchers programs in relation to state constitutional guarantees”. En *Fordham Urban Law Journal*, vol. 42, pp. 703-743.
- Muñoz, V. (2011) “El derecho a la educación: Una mirada Comparativa. https://issuu.com/unescosantiago/docs/estudio_comparativo_completo
- Nickel, J. (1987). *Making sense of human rights: Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*. California University Press.
- Roemer, J. (1998). *Equality of Opportunity*. London: Harvard University Press.
- Salgado, C. (2015). “El derecho a la educación”. En *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*. Bassa, Ferrada y Viera (Ed). Santiago: LOM.

- Sen, A. (1993). “The Political Economy of Targeting”. En D. van de Walle y K. Nead (eds.): *Public Spending and the Poor*.
- Shue, H. (1996). *Basic Rights*, 2nd ed. New Jersey: Princeton University Press.
- Ssenyonjo, M. (2009). *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Sunstein, C. y Holmes, S. (1999). *The cost of rights*, New York: W. W. Norton & Co.
- Verheyde, M. (2006). *A commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Childs*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
- Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño
- Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño
- Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Observación General N° 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Observaciones Finales sobre el Cuarto Informe Periódico del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/C.12/CHL/CO/4, junio de 2015
- Concluding observations on the fourth periodic report of Chile of the Committee on the Rights of the Child, CRC/C/CHL/CO, october 2015 (advanced unedited version).
- Campbell and Cosans vs The United Kindom, Corte Europea de Derechos Humanos, 25 de febrero de 1982.

- Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs Denmark, Corte Europea de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 1976.
- Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)
- STC R. 2787
- STC R. 2731
- STC R. 1361
- STC R. 1363

Alejandra Zúñiga Fajuri

**El cuidado sanitario de los niños,
niñas y adolescentes en Chile**

El cuidado sanitario de los niños, niñas y adolescentes en Chile

1. INTRODUCCIÓN

Un país que se hace cargo de los derechos de los niños, se hace cargo de todo. En especial, del derecho a cuidado sanitario que, por su estrecha relación con el derecho a la vida, resulta esencial para todos los seres humanos. Sin el bienestar físico y psicológico derivado de una adecuada atención de salud no es posible estudiar, trabajar, participar activamente en la vida social ni perseguir los propios planes de vida. Por ello, una de las más importantes obligaciones de los Estados es la de garantizar la existencia de un sistema de protección sanitaria universal que permita a todas las personas el derecho a acceder, sin discriminación, a los servicios básicos de cuidado médico.

El fundamento moral por el cual el Estado debe reconocer el *derecho* a cuidado sanitario y garantizar, de modo universal, un “mínimo sanitario” deriva del hecho de que las desigualdades en el “funcionamiento normal de la especie” (Daniels, 1985) restringen las oportunidades individuales de las personas. Dicho de otro modo, el derecho a la protección de la salud tiene una relación directa con el problema de la “justa distribución de los recursos sociales” pues la enfermedad y la discapacidad son factores que colocan a los individuos —especialmente al inicio de sus vidas— en clara desventaja frente a quienes están sanos. Aquellos niños, niñas y adolescentes que han tenido mala suerte en la lotería social y/o natural deben ser compensados por el Estado a través del cuidado sanitario, cuyo primer objetivo, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), es estrechar las brechas de equidad sanitaria (Organización Mundial de la Salud, 2003).

* Académica de la Universidad de Valparaíso.

Ahora ¿qué tipo de cuidado sanitario requieren los niños, niñas y adolescentes? ¿Es el mismo derecho que se reconoce a los adultos o hay diferencias? Cuando se analiza la situación del cuidado sanitario de los niños, niñas y adolescentes se confirma que se trata de un derecho que posee ciertas particularidades que lo distancian del mismo derecho cuando es aplicado a los adultos. Un infante será más vulnerable a ciertas enfermedades (enfermedades infecciosas, malnutrición, etc.) que un adulto. Los niños y las niñas, en sus primeras etapas de desarrollo, poseen sistemas inmunológicos en formación por lo que **todos los tratamientos y medicamentos de carácter preventivo resultan cruciales.**

Los niños y las niñas son epidemiológicamente más frágiles y están más expuestos a complicaciones de salud. Luego, el derecho a medicamentos esenciales destinados a fortalecer el sistema inmune (asociado también con el cuidado sanitario materno-infantil) y a prevenir enfermedades graves, se concentra fundamentalmente en las vacunas, que son uno de los *mínimos sanitarios propios de la infancia*. En efecto, **las vacunas**, que por su eficacia permiten proteger a los niños contra el riesgo de muerte a causa de las principales enfermedades infantiles (la tuberculosis, la difteria, el tétanos neonatal, la lepra, la poliomielitis, la tos ferina y el sarampión), **constituyen el corazón del derecho a cuidado sanitario de la niñez, según la OMS (2013).**

Un niño que haya podido beneficiarse de los cuidados sanitarios apropiados durante las diferentes fases de su desarrollo tendrá más posibilidades de disfrutar de una adolescencia sana, aun cuando esta última es también una etapa que plantea desafíos especiales a los sistemas sanitarios. Un adolescente, debido a sus hábitos y comportamientos propios de la edad, estará más expuesto a riesgos asociados a la salud sexual, mental, el alcohol y drogas, etc. (Organización Mundial de la Salud, 2015). Por ello, **se requiere que los Estados garanticen, como parte del derecho a cuidado sanitario, el derecho a educación sexual y reproductiva, el acceso a métodos anti-conceptivos que prevengan no solo embarazos no deseados, sino también enfermedades de transmisión sexual.** De igual forma, para prevenir adicciones, es necesario que el Estado proporcione a niños, niñas y adolescentes servicios de salud mental en la atención primaria, tanto preventiva como curativa.

2. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO A CUIDADO SANITARIO EN CHILE

La Constitución chilena de 1980 reconoce y garantiza el derecho a la protección de la salud en el artículo 19 N° 9, imponiendo al Estado la obligación de resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, así como la coordinación y el control de las acciones relacionadas con la salud. Ahora, como el derecho a elegir el sistema de salud estatal o privado al que acogerse es el único inciso de este numeral que es posible hacer exigible por vía judicial a través del recurso de protección, gran parte de la doctrina nacional ha sostenido que en Chile la atención sanitaria sería solo **un derecho negativo consistente en la mera *libertad* de adquirir asistencia en el mercado de la protección de la salud**¹.

No cabe duda que hasta antes de la reforma sanitaria AUGE (Acceso Universal a Garantías Explícitas) iniciada el año 2004, la interpretación de la doctrina nacional era, en general, correcta. Las normas que reglamentaban y desarrollaban el derecho a la protección de la salud garantizaban *solo prestaciones mínimas* exclusivamente para salvaguardar la vida. La ley N° 18.469 que “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud” y su modificación por la ley N° 19.650, el año 1999, estableció para todos los centros médicos del país la prohibición de exigir dinero, cheques u otros instrumentos financieros para avalar el pago o condicionar de cualquier otra forma una atención médica de urgencia². Fuera de estos casos –de urgencia–, la regla de adjudicación de recursos sanitarios era la prestación del servicio de forma limitada. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de esa época “la ley N° 18.469, que regula el derecho constitucional a la protección a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, señala en su artículo 11 que las prestaciones comprendidas en el régimen «se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, *con los recursos físicos y humanos de que dispongan*» (Corte Suprema, 2000). Luego,

¹ “Elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”, Constitución Política, 1980.

² La modificación a la ley N° 18.469 dispone que en los casos de urgencias médicas “se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención”.

para la doctrina y jurisprudencia de la época, se trataba de un derecho que no poseía contenido constitucional propio y que estaría falto de garantías (Zúñiga Fajuri, 2011a)³.

Después de la Ley AUGE (N° 19.966) de 2004, se estableció en Chile un régimen de garantías en salud para asegurar que todas las personas residentes en el territorio nacional “independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso”, tengan acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad⁴. Estas Garantías Explícitas de Salud (GES) han supuesto un importante cambio de paradigma en materia sanitaria pues, al garantizarse la cobertura de un cierto número de patologías –definidas como prioridades sanitarias al ser los problemas de salud que causan mayor mortalidad y morbilidad en Chile– de modo *universal*, se está dando contenido al derecho a cuidado sanitario reconocido en la Constitución por la vía del establecimiento de lo que la literatura especializada llama “mínimo sanitario” (Zúñiga Fajuri, 2012). Estas prioridades sanitarias y sus garantías explícitas asociadas (de acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera) constituyen el estándar básico para la atención de salud en nuestro país, de modo que es posible hoy sostener que, a consecuencia de esta reforma legal, **hoy sí existe en Chile el derecho a la protección de la salud constitucional y legalmente determinado**⁵.

³ Esta interpretación restringida del derecho a la protección de la salud tuvo consecuencias sociales significativas pues sería uno de los elementos que determinaron la consolidación de los preocupantes resultados que Chile presentaba al año 2000 en la materia, según los datos de la Organización Mundial de la Salud. En efecto, se revelaba la existencia de serios problemas de discriminación y equidad asociados a los altos índices de desigualdad tanto en el acceso a los servicios básicos como en los deficientes resultados de los indicadores nacionales que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad. En los índices de desarrollo humano –en el ítem “equidad del sistema sanitario”– Chile aparecía con una de las peores evaluaciones del mundo, pues se tomó en consideración tanto la carga financiera que representa la salud para las familias como la desigualdad en la calidad y oportunidad de respuesta que ofrece el sistema. En materia de distribución de la carga financiera en salud, Chile estaba ubicado en el lugar 168 de entre 191 países considerados (Informe sobre la Salud en el Mundo 2000: *Mejorar el desempeño de los sistemas de salud*).

⁴ Mensaje presidencial N° 1-347 del Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud de 22 de mayo de 2002. N° Boletín: 2947-11.

⁵ Esta opinión, bastante generalizada en parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, no implica negar que, aun antes de la reforma AUGE, el derecho a cuidado sanitario era un derecho susceptible de ser protegido judicialmente en base al principio de *aplicación directa de la Constitución*, que

El Tribunal Constitucional ha avalado el cambio de paradigma introducido por la nueva legislación reconociendo que “los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud que exige proteger «el libre e igualitario acceso a las acciones de salud»” (Tribunal Constitucional, 2010). De esta forma el Tribunal declara incorporados al derecho a cuidado sanitario los llamados “principios de la seguridad social”, entre los que destacan los principios de *universalidad, solidaridad, equidad y subsidiariedad*. Por cierto que **la subsidiariedad se aplicaría a los privados, no al Estado, pues a este le compete la obligación de forma prioritaria**, debiendo resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, así como la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud (Constitución 1980, artículo 19 N°9).

¿Es suficiente este cambio de paradigma para cumplir con el mandato constitucional en materia de cuidado sanitario? **¿Alcanza este mínimo sanitario a cubrir las necesidades básicas que, en materia sanitaria, tienen los niños, niñas y adolescentes en Chile?** Para responder a esto es necesario que analicemos brevemente los principios en base a los cuales se suele medir el cumplimiento de los mínimos básicos en materia sanitaria. En primer lugar, está el llamado *principio del rescate* que sostiene que, como la salud y la vida son los mayores y más importantes bienes, es necesario gastar todo lo que se tenga en cuidado sanitario (Dworkin, 2000). Un ejemplo nos ayudará a comprenderlo mejor. El caso de Jaymee Bowen, conocida como “Child B”, capturó los titulares de los periódicos de todo el mundo a mediados de 1995. Jaymee Bowen era una niña sana y vivaz que a la edad de 6 años le fue diagnosticado linfoma de Hodgkin que comenzó a tratarse en el Addenbrooke’s Hospital de Cambridge. En 1993 se le diagnostica un segundo cáncer, una leucemia, que se atiende con quimioterapia y

.....
responde a una consideración de los derechos que implica que estos son exigibles sin necesidad de estar regulados por leyes, pues son independientes de estas. Es decir, si los derechos pertenecen a un ámbito jurídico distinto de la ley, es coherente que su aplicación no se vea supeditada a la existencia de normas expedidas por los legisladores. Los derechos fundamentales adquieren valor jurídico de la Constitución y los instrumentos internacionales, ya no de la ley, y por ello son perfectamente aplicables de manera directa, aún sin la existencia de una regulación que los desarrolle (Zagrebelsky, 2002).

trasplante de médula en el Royal Marsden Hospital de Londres. Solo nueve meses después sufre una recaída que hace que su pediatra le dé entre 6 a 8 semanas de vida. Ante la posibilidad de un nuevo trasplante los doctores le dan un 10% de sobrevivencia. Pero el padre de la niña, David Bowen, no acepta esa decisión y comienza a hacer sus propias investigaciones médicas y consultas a especialistas norteamericanos del Hammersmith Hospital que le dan una oportunidad de sobrevivencia del 20% de intentar un segundo trasplante de médula. David Bowen solicitó a la autoridad sanitaria inglesa que les costee el tratamiento en el Hammersmith Hospital, pero el Sistema Nacional de Salud (National Health Service, NHS) se niega porque “no se poseen recursos suficientes como para utilizarlos en tratamientos experimentales con mínimas posibilidades de éxito” (los costos para el Servicio Nacional de Salud inglés serían de más de £75 000)⁶. David Bowen busca amparo judicial para revertir la decisión tomada pero el tribunal falla a favor del NHS. Finalmente, en respuesta a la enorme cobertura mediática del caso, un donante anónimo ofrece costear el segundo trasplante. Sin embargo, Jaymee Bowen muere pocos meses después (en mayo de 1996) pese a haberse efectuado el tratamiento (Zúñiga Fajuri, 2013).

La historia del caso Bowen pone a la vista una serie de problemas éticos y prácticos de gran relevancia para todos los sistemas nacionales de salud del mundo. El más importante se relaciona con la tensión que existe entre la preocupación por el uso de los recursos para beneficio de toda la población y la urgente respuesta que requieren ciertos casos particulares. La clave para resolver estos dilemas está en los análisis “costo-beneficio”, incorporados por la economía de la salud, los que rechazan en principio la “tesis del rescate”⁷.

⁶ El hecho de que sea un tratamiento experimental con mínimas posibilidades de éxito y altísimo costo es un elemento crucial para el NHS. Cuando se está, en cambio, ante tratamientos que, aun siendo costosos –como en el caso del VIH-SIDA– tienen un buen pronóstico para el paciente, las autoridades sanitarias del NHS deciden cubrirlos.

⁷ La economía de la salud es un tipo de análisis costo-efectividad diseñado para comparar distintas intervenciones de salud, en las que los efectos sobre los recursos se expresan en unidades monetarias y los efectos sobre la salud se expresan en unidades específicas no monetarias de efectividad, por ejemplo, número de vidas salvadas o número de días libres de enfermedad. En los resultados de un análisis de costo-efectividad, los costos netos están relacionados con un solo indicador de efectividad. Por ello es preciso que los principales resultados de todas las opciones relevantes puedan ser expresados mediante el mismo indicador de efectividad, aunque dicho indicador pueda tomar para cada opción una magnitud diferente (Gálvez González, 2004).

Para satisfacer las necesidades de cuidado sanitario de todos los miembros de la sociedad es necesario armonizar los criterios de equidad, eficiencia y responsabilidad. Luego, si la tesis del rescate es inviable –pues supondría sacrificar otros bienes sociales valiosos, como la educación, vivienda, cultura etc.– podemos optar por aquello que Dworkin llamó *tesis del seguro prudente* donde los individuos deciden el contenido del *mínimo sanitario* siguiendo ciertas reglas para garantizar un cuidado básico en condiciones dignas, excluyendo tratamientos muy costosos e ineficientes que limiten sus planes de vida (Dworkin, 2000)⁸.

¿Cuándo el mínimo sanitario es suficiente? Para dar contenido al mínimo sanitario Norman Daniels propone un criterio que relaciona el acceso a cuidado sanitario con el principio de la justa igualdad de oportunidades desarrollado por Rawls. Se trataría de un criterio compatible con distintos sistemas de cuidado sanitario y que permite caracterizar de “suficiente” a un sistema que logra alcanzar el objetivo de mantener, restaurar o compensar por la pérdida del *funcionamiento normal de la especie* (Peman, 1989)⁹. La tesis de Daniels provee de argumentos objetivos para determinar qué debe ser incluido en la lista de cuidado sanitario básico –además de condenar los obstáculos de tipo racial, financiero, regional etc. (Daniels, 2008). De este modo, la noción de mínimo sanitario es consistente con el suficientismo

⁸ Dworkin (2000, pp. 313-4) apuesta a que las directrices del *seguro prudente* que probablemente se acordarían son: primero, la obligatoriedad para todos, por lo altos costos, de racionalizar servicios sanitarios; segundo, que lo que cada cual decida gastar dependerá de sus planes de vida autónomos y; tercero, si bien no podemos saber qué elegirá cada cual finalmente, sí podemos formarnos algún juicio sobre algunas necesidades y preferencias generales de las personas. Por ejemplo, para la mayoría de las personas jóvenes sería irracional costear un seguro carísimo que les cubriera en caso de ingresar en un estado vegetativo persistente, pues los costos de oportunidad serían demasiado altos. Siempre será mejor gastar bien ese dinero durante el tiempo que se tenga antes de caer en esos estados, es decir, seguramente la mayoría preferirá invertir ese dinero en mejorar la vida consciente. Este criterio puede extenderse a los casos de demencia senil, de Alzheimer y otros estados de demencia o de inconsciencia. La gente contrataría, posiblemente, un cuidado en condiciones dignas para esos casos, pero no tratamientos muy costoso que limiten sus planes de vida.

⁹ La salud sería, entonces, “el estado de normalidad orgánica y funcional tanto en lo físico como en lo mental que permite una integración social a través de una actividad de trabajo y de relación (...) en este sentido, la salud puede identificarse con la ausencia de enfermedad si se da a esta expresión una acepción amplia comprensiva de cualquier alteración de ese estado de normalidad al que aludimos” (Peman, 1989).

pues evita la tesis del rescate optando por cubrir, sin discriminación, las enfermedades más importantes¹⁰.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y DERECHO A CUIDADO SANITARIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a la salud y a servicios de salud en el artículo 24:

“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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan

¹⁰ El “suficientismo” considera que, alcanzado un cierto nivel de satisfacción de preferencias o bienestar, acaban nuestras obligaciones de acudir en beneficio de quienes están peor de modo que “Si todo el mundo tuviera suficiente, no tendría consecuencias morales el hecho de que unos tengan más que otros” (Frankfurt, 1987).

acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

En la Observación General N° 15 del año 2013, el Comité de los Derechos del Niño interpreta el derecho de los niños, niñas y adolescentes a cuidado sanitario como un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Lo anterior significa que el citado Comité considera, como parte del derecho a cuidado sanitario, también aquello que la literatura especializada llama “los determinantes sociales de la salud”. La mala salud de los pobres, el desnivel social de salud dentro de los países y las grandes desigualdades sanitarias entre los países están provocadas por una distribución desigual, a nivel mundial y nacional, del poder, los ingresos, los bienes y los servicios, y por las consiguientes injusticias que afectan a las condiciones de vida de la población de forma inmediata y visible (acceso a atención sanitaria, escolarización, educación, condiciones de trabajo y tiempo libre, vivienda, comunidades, pueblos o ciudades). “Esa distribución desigual de experiencias perjudiciales para la salud no es, en ningún caso, un fenómeno “natural”, sino el resultado de una nefasta combinación de políticas y programas

sociales deficientes, arreglos económicos injustos y una mala gestión política. Los determinantes estructurales y las condiciones de vida en su conjunto constituyen los determinantes sociales de la salud, que son la causa de la mayor parte de las desigualdades sanitarias entre los países y dentro de cada país” (Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, 2008).

Admitiendo la importancia que tienen estos determinantes sociales de la salud, en lo que sigue el análisis estará centrado en el derecho a cuidado sanitario en un sentido estricto, es decir, en relación con el acceso y la utilización de los servicios de atención de salud y sin considerar **otros determinantes sociales de la salud que –como el género, la educación, el trabajo, el nivel de ingresos, el grupo étnico al que se pertenece o el lugar de residencia– también influyen en el estado de salud de las personas.** Se trabajará, luego, en torno al derecho al cuidado sanitario proporcionado por profesionales de la salud que asegure a las personas una lista más o menos detallada de derechos o reclamos específicos; ello incorpora el derecho a servicios curativos y preventivos como terapias para los enfermos, diagnósticos sanitarios y cuidado prenatal, así como también servicios básicos para la población como la inmunización (Buchanan y Hessler, 2002).

El cuidado sanitario, como se adelantó, comparte los principios propios de la seguridad social, que son en esencia: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva; ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva; iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia; iv) respecto del financiamiento: solidaridad; y v) respecto de la administración: unidad o descentralización, subsidiariedad (Organización Internacional del Trabajo, 2002). Estos principios, sumados a los Informes de la Organización Mundial de la Salud en materia de Sistemas de Salud (2013b), demandan al Estado una participación activa en el reconocimiento y garantía del derecho a cuidado sanitario, lo que significa **apostar por la construcción de sistemas sanitarios públicos, universales y financiados con impuestos generales (OMS), según se propone en las conclusiones de este trabajo.**

Al analizar la situación del derecho a cuidado sanitario en el caso de Chile, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado positivamente la

disminución de las tasas de mortalidad infantil y de lactantes aunque observa con preocupación las grandes disparidades que existen en estas tasas, en particular en lo que respecta a los niños indígenas, a los que viven en zonas rurales, a los de extracción socioeconómica más baja y a aquellos cuyas madres tienen un bajo nivel de instrucción (Comité de los Derechos del Niño, 2002). Las Garantías Explícitas en Salud (GES) han intentado mejorar esta situación, pero aún falta mucho por hacer. **De un total de 80 patologías, solo algunas pocas consideran a niños, niñas y adolescentes como titulares de los derechos asociados.** Veamos la siguiente clasificación:

1. **Accidentes graves:** se incluyen politraumatizado grave, traumatismo craneo encefálico moderado o grave, trauma ocular grave y gran quemado. *Cubre la atención sanitaria de niños, niñas y adolescentes.*
2. **Enfermedades crónicas:** la mayoría son patologías propias de la infancia y adolescencia, como diabetes mellitus tipo 1 y 2, síndrome de la inmunodeficiencia adquirida VIH/SIDA, hemofilia, enfermedad pulmonar obstructiva crónica de tratamiento ambulatorio y fibrosis quística.
Sin embargo, la esclerosis múltiple remitente recurrente, la hepatitis B y C, el hipotiroidismo, el lupus eritematoso sistémico, la enfermedad renal crónica etapas 4 y 5, y la hipertensión arterial primaria o esencial, *solo cubre a personas de 15 años y más.*¹¹
3. **Enfermedades del corazón y cerebro:** incluye infarto agudo al miocardio, trastornos de generación del impulso y conducción que requieren marcapaso, accidente cerebrovascular isquémico, hemorragia subaracnoidea secundaria a ruptura de aneurismas cerebrales, tumores primarios del sistema nervioso central, tratamiento quirúrgico de lesiones crónicas de la válvula aórtica y tratamiento quirúrgico de lesiones crónicas de las válvulas mitral y tricúspide *todo solamente para personas de 15 años y más.*

¹¹ Se incluyen, finalmente, el tratamiento médico en personas de 55 años y más con artrosis de cadera y/o rodilla, leve o moderada, artritis reumatoide y enfermedad de Parkinson (Ministerio de Salud, 2016).

4. **Salud Mental:** esquizofrenia, depresión y trastorno bipolar *en personas de 15 años y más*.
5. **Salud en personas menores de 15 años:** cardiopatías congénitas operables en menores de 15 años, disrafias espinales, fisura labiopalatina, infección respiratoria aguda (IRA) de manejo ambulatorio en personas menores de 5 años, epilepsia no refractaria en personas desde 1 año y menores de 15 años, estrabismo en personas menores de 9 años, asma bronquial moderada y grave en menores de 15 años, displasia luxante de caderas, tratamiento de hipoacusia moderada en menores de 2 años¹².

¿Cubren estas enfermedades las necesidades sanitarias de los niños, niñas y adolescentes de Chile? La respuesta claramente es no. A diferencia de lo exigido por los organismos y legislación internacional –y de lo que ocurre a nivel comparado con el mínimo sanitario–, las patologías GES son discriminatorias. Según puede constatarse de la sola lectura de sus respectivas fichas clínicas, la mayoría de las enfermedades contemplan requisitos excluyentes de atención centrados precisamente en la edad de los pacientes. Aun cuando los tribunales nacionales (desde el Tribunal Constitucional hasta las cortes de apelaciones) han declarado estas exclusiones como discriminatorias (pues no se sustentan en razones epidemiológicas sino que en

¹² A la lista anterior debemos agregar las que siguen:

Las enfermedades de la visión: incluyen el tratamiento quirúrgico de cataratas, vicios de refracción en personas de 65 años y más, retinopatía diabética y desprendimiento de retina regmatógeno no traumático.

Intervenciones quirúrgicas: tratamiento quirúrgico de escoliosis en personas menores de 25 años, colecistectomía preventiva del cáncer de vesícula en personas de 35 a 49 años, tratamiento de la hiperplasia benigna de la próstata en personas sintomáticas y tratamiento quirúrgico de hernia del núcleo pulposo lumbar).

Tratamiento preventivo: prevención secundaria enfermedad renal crónica terminal y tratamiento de erradicación del *helicobacter pylori*.

Salud del adulto mayor de 65 años: endoprótesis total de cadera en personas de 65 y más años con artrosis de cadera con limitación funcional severa, neumonía adquirida en la comunidad de manejo ambulatorio en personas de 65 años y más, órtesis (o ayudas técnicas) para personas de 65 años y más, hipoacusia bilateral en personas de 65 años y más que requieren uso de audífono. Finalmente, el tratamiento médico en personas de 55 años y más con artrosis de cadera y/o rodilla, leve o moderada, artritis reumatoide y enfermedad de Parkinson (Ministerio de Salud, 2016). Como se puede apreciar estas son enfermedades que, epidemiológicamente, no se aplican, en general, a niños, niñas o adolescentes.

análisis de costos-beneficios)¹³, la autoridad sanitaria insiste en mantenerlas vigentes. Ello significa que, salvo excepciones, **la mayoría de las patologías AUGE-GES excluyen de atención a los menores de 15 años sin razones epidemiológicas que lo justifiquen.**

Para evaluar la legitimidad de esta política estatal es necesario tener presente algunas cuestiones importantes. Primero, podemos admitir que todas las sociedades, sin excepción, se enfrentan a la obligación de decidir qué proporción de los recursos totales deberán gastarse en asistencia sanitaria y cómo se van a distribuir estos recursos, es decir, qué enfermedades, minusvalías y formas de tratamiento deben tener prioridad, qué miembros de la comunidad han de recibir una consideración especial con respecto a sus necesidades sanitarias y qué formas de tratamiento son las más eficaces en relación con un análisis costo-beneficio. Luego, para realizar una correcta asignación de recursos a cuidado sanitario será necesario, primero, la división del *presupuesto social completo* de la sociedad para la satisfacción de otros bienes sociales también relevantes como vivienda, educación, cultura, defensa, ocio, etc.¹⁴.

En una segunda etapa, con ese presupuesto inicial claramente dividido, se requiere decidir la mejor asignación de recursos sanitarios *dentro del presupuesto de salud*. Esto exige tener presente que se puede proteger y promover la salud de diversas maneras, además de la provisión de atención médica propiamente tal. Los servicios y beneficios sanitarios pueden derivar de programas de seguridad en el trabajo, protección medioambiental, prevención de daños, protección del consumidor, control de alimentación y fármacos, entre otros¹⁵. En tercer lugar, para fijar recursos sanitarios *dentro*

¹³ Para la revisión de sentencias en las que el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones declaran discriminatorias a las Guías Clínicas AUGE-GES, véase Zúñiga Fajuri (2011).

¹⁴ Como se ve, se trata de rechazar la tesis del rescate, que analizamos más arriba, y optar por admitir la necesidad de trabajar en condiciones de escasez de recursos con las herramientas de la economía de la salud.

¹⁵ Podría decirse que “la igualdad de la atención sanitaria no es la estrategia más efectiva para la igualdad de oportunidades en salud, dado el impacto del estándar de vivienda, vida, sanidad y cosas semejantes, sobre la salud” (Beauchamp y Childress, 1999). Es decir, el impacto de lo que llamamos “determinantes sociales” de la salud.

del presupuesto de asistencia sanitaria se debe tener presente que solo determinados proyectos y procedimientos serán seleccionados para su financiamiento pues los recursos siempre serán escasos (con esto en mente, los sistemas nacionales de salud se niegan a financiar, como vimos, tratamientos experimentales, tratamientos muy costosos y poco eficientes, tratamientos estéticos, etc.). Además, se deben tomar decisiones complejas como, por ejemplo, si hay que dar prioridad a la prevención o al tratamiento, pues hay muchos casos donde la asistencia preventiva es más efectiva y eficiente en la tarea de salvar vidas, reducir el sufrimiento, elevar los niveles de salud y bajar los costes, que la medicina aplicada.

¿A qué conclusión nos llevan estas reflexiones? Debemos admitir que, aun cuando se considere el hecho de las condiciones de escasez y la demanda siempre en expansión por recursos sanitarios (lo que hace ineludible emplear alguna forma de racionamiento compatible con la doctrina del suficien-tismo sanitario), las autoridades nacionales debieron, una vez definido el “mínimo sanitario decente” (es decir, seleccionadas las actuales 80 patologías AUGE-GES dentro del presupuesto asignado a salud), garantizar ese mínimo por igual a todo aquel que lo necesite, esto es, de modo universal. “Cuando no hay recursos para salvarlos a todos, debemos elegir quiénes no serán salvados de una forma que no parezca una preferencia injusta” (Harris, 1998).

Dicho de otro modo, lo que recomienda la literatura especializada, la Organización Mundial de la Salud y la experiencia comparada es que el mínimo sanitario se defina en base a cálculos costo-eficientes que, a partir de determinados condicionantes epidemiológicos propias de la realidad social de que se trate, establezcan una lista priorizada de enfermedades cuyo diagnóstico y tratamiento se acuerde garantizar. Ahora, una vez establecido ese conjunto de prestaciones básicas –cuya mayor o menor extensión va a depender de la realidad económica y epidemiológica de cada país–, este debe garantizarse a *toda la población sin discriminación*, de modo que los cálculos de eficiencia queden reservados para la primera etapa de adjudicación de recursos sanitarios (constituida por la definición del mínimo sanitario) pero nunca se utilicen como justificación para discriminar a la población en base a características adscritas como la edad, el sexo, la condición

socioeconómica, etc. **Por ello, la discriminación que sufren los niños y las niñas en los casos revisados –enfermedades crónicas, salud mental, etc.– no tiene justificación y debe ser rechazada.**

4. TEMAS PENDIENTES EN MATERIA DE CUIDADO SANITARIO PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Varios son los problemas que, en materia sanitaria, requieren de un trabajo específico en el caso de los niños, niñas y adolescentes, en relación con estándares internacionales relativos a la autonomía progresiva, el acceso a la salud sexual y reproductiva, la consideración de la opinión de los niños en las decisiones médicas, la cobertura de patologías propias de la niñez, etc. Así, en su último informe sobre Chile, el Comité de los Derechos del Niño se ocupa de relevar varias de estas problemáticas, en particular:

4.1. Derecho a la libertad personal y seguridad individual: pendientes en salud mental de niños, niñas y adolescentes

Dentro de las actuales ofertas de políticas de salud mental para niños, niñas y adolescentes en Chile, se encuentran el Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiátrica del Ministerio de Salud (2000), el Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral (2013) y el Programa Nacional de Salud Integral para Adolescentes y Jóvenes 2012-2020 (2012). Estos programas nacen de distintos esfuerzos intersectoriales con el objetivo de “desarrollar acciones para elevar el nivel de la salud mental, mediante la promoción, prevención, detección temprana y facilitación del acceso y continuidad del tratamiento y rehabilitación, y favoreciendo la reinserción social” (Universidad Diego Portales, 2014). Pero, como se ha señalado respecto a las Garantías Explícitas en Salud, **de un total de 80 garantías, ninguna incluye patologías mentales en niños y niñas menores de 15 años (salvo la dependencia a las drogas).**

En su último informe de octubre de 2015, el Comité de los Derechos del Niño expresó preocupación por el hecho de que la política estatal siga favoreciendo un enfoque meramente asistencial y que en el Plan Nacional sobre

la Discapacidad solo se mencione vagamente a los niños. Además, destaca la falta de datos actualizados y desglosados sobre los niños con discapacidad, por la limitada disponibilidad de una educación y una formación profesional integradoras y por la insuficiente prestación de servicios de rehabilitación adecuados para los niños con discapacidad, incluida la atención de la salud mental tanto para ellos como para sus cuidadores. En efecto, Chile carece de servicios sanitarios suficientes en materia de salud mental para su población joven, pues no basta con incorporar solo algunas enfermedades en el AUGE-GES para cumplir con lo que es el contenido mínimo del derecho a cuidado sanitario para niños, niñas y adolescentes. Se requiere tener presente que incluso el diagnóstico y tratamiento de las cuatro patologías mentales incorporadas en la lista de Garantías Explícitas de Salud (GES) es discriminatorio, pues están reservadas a los adultos (más de 20 años) o a adolescentes de más de 15 años (Ministerio de Salud, 2009)¹⁶. **Se requiere estudiar la incorporación de nuevas GES que se hagan cargo de los más importantes problemas de salud mental de los niños, niñas y adolescentes**, en especial, trastornos en el desarrollo y la conducta, depresión, trastornos alimentarios, ansiedad; traumas psicológicos resultantes del abuso, de la desatención, violencia o explotación; el consumo indebido de alcohol, tabaco y drogas; comportamientos obsesivos, como un uso excesivo de Internet y otras tecnologías hasta un punto adictivo; y la autolesión y el suicidio (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Se advierte, además, el recurso excesivo a la medicalización y el internamiento de personas con discapacidad o enfermedad mental, a pesar que la OMS recomienda el enfoque basado en la salud pública y el apoyo psicosocial para hacer frente a la mala salud mental de los niños y adolescentes, invirtiendo en la *atención primaria*. En efecto, en términos concretos, si en 2010 fueron 923 los internamientos involuntarios de personas con discapacidad o enfermedad mental, en 2015 se llegó a 1.911, pasando por el año récord –2014– con 1.998 autorizaciones para hospitalizaciones involuntarias (Ministerio de Salud). Esta cifra podría ser superada en 2016, pues solo hasta mayo se registraban 1.102 de estos casos, lo que evidencia la gravedad

¹⁶ Como se sabe, la esquizofrenia generalmente comienza en la adolescencia o en los primeros años de la adultez, e incluso puede empezar más tarde en la vida. Tiende a empezar más tarde en las mujeres y es una afección más leve.

de un problema que implica la vulneración de derechos fundamentales de las personas con discapacidad o enfermedad mental, pues la hospitalización no voluntaria *no establece límites de tiempo ni mecanismos eficaces de supervisión* que permitan evitar abusos y la violación del derecho a la libertad personal y seguridad individual de este grupo humano (ley 20.584, párrafo 8°).

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) ha señalado que el reconocimiento de la capacidad legal de las personas está íntimamente ligado *al derecho a ser libre de una detención involuntaria en centros de salud mental, y a no ser forzados a recibir tratamiento de salud mental*. Asimismo, el Comité es enfático en señalar que los Estados Parte deben abolir las políticas y normas que permitan o induzcan al tratamiento forzado de personas con discapacidad cognitiva, sicosocial o intelectual, considerando estas disposiciones una violación continua del derecho internacional (CRPD: General comment N° 1, 2014). La Declaración de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud (1991) dispone que la legislación en salud mental debe proveer mecanismos de evaluación periódica en todas las instancias que afectan la libertad o integridad de las personas que sufren un trastorno mental, esto incluye los procesos de internación o tratamiento involuntario. Estas revisiones deben realizarse a intervalos razonables y que den cuenta de la necesidad de verificar que se esté dando cumplimiento a las normativas y requerimientos de atención (Organización Mundial de la Salud, 2010).

4.2. Derecho a cuidado sanitario, AUGE y medicalización de niños, niñas y adolescentes

En el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, de la Universidad Diego Portales, se destaca el insuficiente desarrollo de políticas públicas en relación a la salud mental de la infancia y adolescencia, a la vez que se reconoce que existe escasa disponibilidad de información e insuficiente capacitación de profesionales de atención primaria en este ámbito. También se mencionan estudios que revelan **la altísima prevalencia del trastorno por déficit atencional y desórdenes con hiperactividad**, con cifras cercanas al 10,3%. Asimismo, se detallan las bases neurobiológicas y

fenómenos de vinculación temprana como variables asociadas a síntomas de síndrome de déficit atencional con o sin hiperactividad, considerándose dentro de los aspectos más relevantes la detención temprana e intervención terapéutica como herramientas de abordaje eficiente de los problemas de salud mental en la infancia (Universidad Diego Portales, 2014).

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (2015) sigue preocupado por la falta de un sistema integral de asistencia sanitaria para todos los niños hasta la edad de 18 años, por la diferencia de calidad entre los servicios de atención de la salud públicos y privados, por los niveles tanto de subalimentación como de obesidad entre los niños y por la mayor medicación de los niños diagnosticados con trastorno de déficit de atención con hiperactividad. Es necesario ofrecer tratamientos adecuados a los niños que presenten trastornos psicosociales y de salud mental, **incorporando en las Garantías Explícitas en Salud el llamado *síndrome de déficit atencional con o sin hiperactividad* que es una de las patologías mentales más comunes en niñas, niños y adolescentes en Chile** (Moriyama et al., 2012). En esta línea, el Comité demanda precisamente el uso de los conocimientos disponibles sobre medios de diagnóstico y tratamiento sin fármacos del trastorno de déficit atencional con hiperactividad, mejorando el diagnóstico de los problemas de salud mental y adoptando las medidas necesarias para impedir que se presione a los niños y a sus padres para que acepten tratamientos con fármacos psicoestimulantes (Comité de los Derechos del Niño, 2015).

La necesidad de atención especializada en salud mental en la infancia y adolescencia es crucial, pues se trata de períodos del ciclo vital de especial vulnerabilidad debido a “los rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos” (Comité de los Derechos del Niño, 2003). **Dado que en Chile no existe una política de salud mental para la infancia y adolescencia** en la que se desarrollen metas, orientaciones o criterios para implementar y evaluar políticas públicas dirigidas a este grupo de población —además de no contar con una cobertura universal de servicios de calidad de atención primaria en salud mental—, es que los niños, niñas y adolescentes que padecen patolo-

gías mentales se encuentran en una situación crítica de extrema vulnerabilidad (Moriyama et al., 2012). Asimismo, en el diagnóstico e intervención se debe contemplar un trabajo multidisciplinario e intersectorial para facilitar la implementación de estrategias enfocadas en la detección, además del acceso a tratamiento farmacológico, psicoterapéutico y educacional de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, en el Informe 2015 sobre Chile, el Comité expresa preocupación por los casos de niñas sordas y con discapacidad mental que son esterilizadas, a pesar de que se trata de un procedimiento que vulnera sus derechos sexuales y reproductivos y es contrario a los compromisos internacionales adoptados por Chile en el artículo 23 N° 1 letra b) de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige a los Estados: “Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”.

4.3. Derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes

En su último informe sobre Chile, el Comité de los Derechos del Niño considera positivas las iniciativas destinadas a fomentar la educación en materia de salud sexual y reproductiva en los planes de estudios de las escuelas, aumentar la disponibilidad de métodos anticonceptivos y el proyecto de ley para despenalizar el aborto en determinadas situaciones. Sin embargo, deja claro que la elevada tasa de embarazos adolescentes, la escasa calidad de los programas de educación sexual y la falta de adhesión a los protocolos por parte de los profesionales de la salud, son factores que vulneran los derechos humanos básicos de los adolescentes, en particular, por la ausencia de una política general de salud sexual y reproductiva que respete su derecho a la confidencialidad y privacidad en materia sanitaria, así como la prevención de los embarazos de niñas y adolescentes.

Considerando lo expresado por el Comité, se requieren leyes que garanticen el interés superior de las adolescentes embarazadas y aseguren, tanto “en la ley como en la práctica, el acceso de las niñas a abortos en condiciones de seguridad y a servicios de atención después del aborto, y que las opiniones de las niñas sean escuchadas y se tengan siempre en cuenta en las decisiones relativas a los abortos” (Comité de los Derechos del Niño, 2015). Sabemos que la legislación chilena carece de políticas claras en materia de derechos sexuales y reproductivos, manteniendo una legislación anacrónica y contraria a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Por ello, **el Comité ha observado que las tasas de mortalidad materna pueden no reflejar las defunciones efectivas relacionadas con complicaciones de abortos ilegales, en particular de adolescentes embarazadas.** También toma nota del aumento del número de niños y jóvenes que utilizan drogas, y del creciente número de casos de VIH/SIDA entre los jóvenes. En esta línea, recomienda aplicar eficazmente una política nacional de salud para el adolescente, especialmente en las zonas rurales, en particular respecto de la salud reproductiva y el abuso de sustancias (Comité de los Derechos del Niño, 2012 y 2015).

La alta tasa de embarazo adolescente y la penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia (junto con la falta de servicios adecuados y accesibles de educación sexual y de salud reproductiva) hace a Chile uno de los países con peores resultados en materia de derechos sexuales, junto con El Salvador, República Dominicana, Nicaragua y Malta, todos países que contemplan penas de cárcel para aquellas niñas o adolescentes que se realicen un aborto. Por ello, **el Comité de los Derechos del Niño ha exhortado en varias oportunidades a Chile a revisar su postura en relación con la penalización de la interrupción del embarazo, incluidos los casos de violación, incesto y situaciones en que corre peligro la vida de la madre** (Comité de los Derechos del Niño, 2007, 2012, 2015)¹⁷.

¹⁷ Para un análisis del problema del aborto en Chile, véase Zúñiga Fajuri, *Doxa*, 2013.

5. CONCLUSIÓN: PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN EN MATERIA DE CUIDADO SANITARIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Chile requiere comprometerse con una estrategia integral que garantice cuidado sanitario universal a niños, niñas y adolescentes. Los primeros años de vida son cruciales para alcanzar su desarrollo normal, por lo que es necesario partir con programas de supervivencia infantil que puedan luego ampliarse con el fin de alcanzar todas las intervenciones destinadas a la primera infancia, incluyendo el desarrollo socioemocional y lingüístico-cognitivo de los niños, niñas y adolescentes. Para ello, es necesario responsabilizar a las más altas instancias gubernamentales en la tarea de reconocer y garantizar la equidad sanitaria por medio de políticas que contribuyan a ese fin de forma coherente. En esta línea, una nueva Constitución debiera incorporar aquellos principios mínimos mundialmente consensuados y avalados por los organismos y literatura especializada en materia sanitaria. Esos consensos son:

1. **La atención sanitaria es un derecho fundamental, no un producto comercial.** El Estado debe organizar su sistema sanitario según el principio de cobertura universal, tanto en relación con el financiamiento del sistema como con la prestación de los servicios de salud. La cobertura universal significa que todos los habitantes de un país pueden acceder a la misma oferta de servicios, de buena calidad, en atención a sus necesidades sanitarias y preferencias, con independencia de su nivel de ingresos, posición social o residencia. Todo ello sobre la base de que estamos ante un derecho fundamental que forma parte de aquellos prerrequisitos indispensables para alcanzar la justa igualdad de oportunidades.
2. **El cuidado sanitario es un derecho básico de niños, niñas y adolescentes, por lo que no admite discriminación.** La población debe poder beneficiarse de las mismas prestaciones y deberá estar prohibida la segregación por razones de edad al momento de la definición y consenso de criterios de adjudicación sanitaria. Si acordamos que el único motivo pertinente para la distribución

de los recursos sanitarios escasos es la *necesidad sanitaria*, entonces ni la edad del paciente, ni su lugar de residencia, ni su capacidad de recursos podrán influir en el modo en que el sistema de salud responde a las necesidades sanitarias de la población, en especial, de aquella más vulnerable formada por los niños, niñas y adolescentes.

3. **El financiamiento del sistema sanitario requiere de un procedimiento progresivo que no perjudique a las clases medias y pobres.** El sistema sanitario debe financiarse mediante impuestos generales o por la vía de un seguro universal obligatorio de carácter progresivo, es decir, redistributivo. La experiencia comparada y los estudios especializados abogan firmemente por un sistema de salud financiado con fondos públicos, con impuestos generales. Además, resulta crucial reducir al mínimo el pago directo de los servicios de salud (pago de bolsillo) pues es un mecanismo de financiamiento regresivo que tiene como consecuencia una reducción generalizada del uso de servicios médicos y el empeoramiento de los resultados sanitarios (Organización Mundial de la Salud, 2000). La diferencia principal entre una asistencia sanitaria con financiación centralizada sufragada con impuestos y un sistema privado, o semiprivado, es que en el sistema público el acceso al servicio médico ya no depende de la voluntad o posibilidad de pagar del paciente (o su asegurador), sino de una cierta noción sobre qué se entiende por “necesidad médica” (Williams, 1998).
4. **Garantía de derechos fundamentales que afectan especialmente a la infancia y adolescencia.** Una nueva Constitución debiera considerar incorporar derechos fundamentales que hoy, a pesar de que se supone son reconocidos a todas las personas, no están legal o jurisprudencialmente garantizados a todos, especialmente a niños, niñas y adolescentes. Se proponen los siguientes:
 - *Derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos*
Se debe garantizar el derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, al honor y al nombre. Se deben reconocer el derecho a la identidad sexual y la orientación sexual; los derechos sexuales

y reproductivos de las personas; el derecho a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos e hijas; el derecho de vivir una sexualidad sana, sin riesgos para la salud, y de tener la información, educación y medios para hacerlo.

La Constitución debiera garantizar que ninguna mujer sea puesta en peligro por causa de su embarazo o parto, así como que ninguna mujer sea objeto de prácticas como el embarazo forzado, la esterilización o el aborto forzado. La ley debe garantizar y regular la interrupción voluntaria del embarazo.

- *Derecho a la igualdad y a la no discriminación*

Se debe reconocer el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación arbitraria, sea por razón de sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Se debe reconocer el derecho igualitario al matrimonio y a fundar una familia, sin discriminación. Salvaguardando, por supuesto, los derechos de los niños y niñas; en principio, la discapacidad o enfermedad mental leves no debieran justificar la supresión de este derecho.

En fin, una nueva Constitución debiera incorporar algunas de estas conclusiones en clave de principios o derechos humanos con miras a garantizar el desarrollo integral de quienes hoy pertenecen a los grupos sociales más vulnerables y que, sin embargo, constituyen nuestro futuro; los niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Beauchamp, T. & Childress, J. (2013). *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh Edition. New York: Oxford University Press.
- Buchanan, A. & Hessler, K. (2000). "Specifying the Content of the Human Right to Health Care", *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*. Eds. Rhodes, Battin y Silvers. Oxford University Press.

- Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (2008). *Subsanar las desigualdades en una generación: Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Comité de los Derechos del Niño (2002). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*.
- Comité de los Derechos del Niño (2003). *Observación general No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4.
- Comité de los Derechos del Niño (2007). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*.
- Comité de los Derechos del Niño (2012). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*.
- Comité de los Derechos del Niño (2013). *Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*.
- Comité de los Derechos del Niño (2015). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*.
- Corte Suprema (2000), Rol N° 4408-00. Santiago, trece de diciembre del año 2000.
- CRPD (2014). General comment No 1. Article 12: Equal recognition before the law. Disponible en:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en
- Daniels, N. (1985). *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Daniels, N. (2008). *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. London: Harvard University Press.
- Frankfurt, H. (1987). "Equality as a Moral Ideal", *Ethics*, Vol. 98, N°1.
- Gálvez González, A. M. (2004). "Guía metodológica para la evaluación económica en salud: Cuba 2003". *Revista Cubana de Salud Pública*. Vol. 30, N° 1.
- Harris, J. (1998). "More and better justice". En: Bell, J.M. and Mendur (eds.), *Philosophy and medical welfare*, Royal Institute of Philosophy Lectures Series 23. Cambridge: Cambridge University Press.

- Ministerio de Salud (2009). *Guía Clínica para el tratamiento de personas desde primer episodio se esquizofrenia*. Santiago, Chile.
- Moriyama, T.S.; Cho, A.J.M.; Verin, R.E.; Fuentes, J.; Polanczyk, G.W. (2012) “Attention deficit hyperactivity disorder”. In Rey JM (ed.), *Child and Adolescent Mental Health*. Geneva: International Association for Child and Adolescent Psychiatry and Allied Professions.
- Organización Internacional del Trabajo (2002). *Seguridad social. Un nuevo consenso*. Ginebra.
- Organización Mundial de la Salud (2000). *Informe sobre la Salud en el Mundo 2000. Mejorar el desempeño de los Sistemas de Salud*. Nueva York.
- Organización Mundial de la Salud (2003), *Mental Health Legislation and Human rights*.
- Organización Mundial de la Salud (2010). *Mental health and development: Targeting people with mental health conditions as a vulnerable group* [En línea]. Geneva: World Health Organization Press.
- Organización Mundial de la Salud (2013a). *Investigaciones para una cobertura sanitaria universal. Informe sobre la salud en el mundo*. Ginebra.
- Organización Mundial de la Salud (2013b). *Compilation of WHO recommendations on maternal, newborn, child and adolescent health*. Geneva, Switzerland: WHO Document Production Services.
- Organización Mundial de la Salud (2015). *Competencias básicas en materia de salud y desarrollo de los adolescentes para los proveedores de atención primaria incluido un instrumento para evaluar el componente de salud y desarrollo de los adolescentes en la formación previa al servicio de los proveedores de atención sanitaria*. Geneva, Switzerland: WHO Document Production Services.
- Peman, J. (1989), *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Tribunal Constitucional (2010), Fallo N° 1710-2010, 06 de agosto.
- Universidad Diego Portales (2014). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Williams, A. (1998). “Medicina, economía, ética y el servicio nacional de salud. ¿Un choque de culturas?”, *Papeles de economía española*, n° 76 (Economía de la salud).
- Zagrebelsky, G. (2002). *El Derecho Dúctil*, Madrid: Editorial Trotta, 4ta edición.

- Zúñiga Fajuri, A. (2011a). “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 9, N°1.
- Zúñiga Fajuri, A. (2011b). “Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE. Dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos”, *Acta Bioethica*. Año XVII - N° 1.
- Zúñiga Fajuri, A. (2012) “Un modelo de adjudicación de recursos sanitarios para Chile”, *Acta Bioethica*. Vol. 18, N° 2.
- Zúñiga Fajuri, A. (2013). “De los derechos humanos al derecho al aborto”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36.

Luis Villavicencio Miranda

**Interculturalidad, derechos
de la infancia y Constitución**

Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución¹

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos jurídicos en los que se debe determinar si se vulneran los derechos de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad giran, desde la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), en torno a cuatro ejes que se balancean entre sí: los derechos de los niños, niñas y adolescentes pertinentes, la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho/deber de los padres de educar y formar a sus hijos. En el presente trabajo me propongo complejizar dicha aproximación, desde una perspectiva interseccional y pluralista, para tomar en consideración otros aspectos relevantes que suelen ser obviados, especialmente en aquellos casos en que la cultura y el género ocupan un lugar preponderante en la resolución adecuada de esos conflictos.

Nadie podría negar el avance que supuso el cambio de paradigma desde un derecho para la infancia de carácter tutelar² a uno sustentado en el paradigma de la protección integral bajo el alero de la CDN³, que descansa en

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (CIFDE-UV), Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Av. Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. E-mail: luis.villavicencio@uv.cl

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 1150094 titulado “Las mujeres indígenas como una minoría dentro de las minorías. Un caso difícil para la teoría y el derecho”.

² La potestad tutelar del Estado opera como una patria potestad anómala que el propio Estado ejerce sobre los niños, reemplazando el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no pueden ejercitar por encontrarse inhabilitados por cualquier razón. Véase Cillero (2001, pp. 51-52); García Méndez (1994); Millán y Villavicencio (2002, pp. 44-48); y Peña (1996, pp. 626-630).

³ La dogmática civil tradicional inspiró el derecho tutelar al hacer la distinción tajante entre la titularidad de los derechos y la capacidad efectiva de ejercerlos: las personas menores de edad tienen la capacidad de obrar, pero no la capacidad de ejercicio. Un análisis crítico de esta distinción puede verse en Puente (2001, pp. 34-47).

la obligación de la familia, la comunidad y el Estado de adoptar todas las medidas que sean indispensables para restablecer el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se han visto privados, perturbados o amenazados por medio de mecanismos efectivos que sopesen adecuadamente los intereses de éstos y el grado de madurez progresivo que van adquiriendo (Beloff, 1999, pp. 16-20). Si bien la CDN, tanto en su preámbulo como en algunas de sus disposiciones, parece darle valor a la cultura en la que cada niño se inserta⁴, su regulación es precaria y no logra administrar adecuadamente la tensión que supone, por una parte, el reconocimiento universal de los derechos humanos individuales para los niños, niñas y adolescentes y, por otra, el lugar que ocupa la cultura en la articulación de tales derechos.

La tesis fundamental de este artículo es que la pretensión de aplicar los derechos consagrados en la CDN, de clara inspiración transcultural, a niños, niñas y adolescentes indígenas demanda una nueva perspectiva. Ésta supone instaurar un modelo jurídico intercultural y pluralista, limitado por los principios mínimos de una democracia deliberativa, que permita asegurar los derechos para los niños indígenas, teniendo en cuenta su interés superior y autonomía progresiva, modulados desde una aproximación interseccional que tome en consideración su origen étnico, condición social y género. Para lograrlo, el trabajo se divide en cinco partes. En la primera, se clarifica el concepto de cultura. En la segunda, se ilustra la tensión que se analiza en estas líneas a través del caso de Gabriela Blas. A continuación, se describe la perspectiva conceptual que aquí se defenderá, caracterizada por un pluralismo jurídico deliberativo modulado interseccionalmente. En

⁴ El preámbulo de la CDN dispone que habrá de tenerse “debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. A su turno, el artículo 20 prescribe, explícitamente, que a los niños privados de su medio familiar habrá de dárseles la debida protección que “prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. Por otro lado, el artículo 29 al referirse a los objetivos de la educación dispone que ésta debe propender al respeto “de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores”. En fin, el artículo 30 establece, directamente, un derecho diferenciado por razones culturales en los siguientes términos: “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

la cuarta parte se exploran algunos casos internacionales y comparados que ilustran, parcialmente, dicha propuesta. Y, por último, se avanzan algunas conclusiones.

2. EL LUGAR DE LA CULTURA EN UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CIUDADANÍA

Para efectos de este trabajo, vamos a entender que la cultura se caracteriza por cuatro rasgos:

- a. La idea del proceso. La cultura, apoyándome en Phillips (2007b, pp. 15-29), la comprenderemos como lo “cotidiano” u “ordinario”, es decir, aquel proceso omnipresente, continuo y cambiante a través del cual toda organización social se desarrolla y se reproduce a sí misma, construyendo un significado compartido, transmitido de generación en generación, y abierto al debate y correcciones;
- b. El choque cultural como una distribución desigual del poder. Desde el punto de vista de la teoría política, la cultura importa no tanto como el estudio de la *diferencia* de las prácticas culturales, sino como *desigualdad*, o sea, determinar qué cuenta como justo tratamiento para los grupos minoritarios. Luego, lo que interesa relevar aquí son dos cuestiones: b.1) el reconocimiento de las relaciones de poder desiguales entre los grupos minoritarios y mayoritarios junto con la percepción de que los Estados casi siempre discriminan a los ciudadanos de grupos culturales minoritarios, al imponer una política unitaria y un marco legal; y b.2) el carácter casi siempre conflictivo de las relaciones entre los grupos minoritarios y el grupo dominante;
- c. El proceso de significación radica en los agentes, no en la cultura. Como plantea Dhamoon (2007, pp. 30-49), lo cultural se define como un proceso de construcción de significado. Este énfasis es decisivo pues modifica el análisis desde el objeto de la cultura distinta –la entidad que tiene un significado– al proceso que expresa esa identidad diversa. El cambio supone comprender que dado que los signos no son permanentes o fijos, no es la cultura en sí misma

- la que está en riesgo, sino las autodeterminaciones y posiciones de los agentes –como individuos o grupos– para hacer sus propios sistemas de construcción de significado y moldear sus propios significados en contextos de no subordinación; y
- d. Las culturas tienen potestades normativas. El último elemento de la noción de cultura es lo que Shachar (2001, p. 2) denomina como comunidad *nomoi*. Con ello se refiere a un grupo que tiene una visión del mundo comprensiva y distinguible que se concreta en potestades normativas que crean leyes para la comunidad. Estos grupos se distinguen no solo por sus particulares sistemas de significado, sino por pretender regular a través de la ley la conducta de la comunidad de sus miembros.

Establecido el concepto de cultura, la segunda cuestión que me interesa resaltar es la innegable conexión entre la cultura y la agencia individual, un aspecto de la identidad humana reconocido, a estas alturas, por todas las teorías políticas (Villavicencio, 2010a y 2012; Squella, Villavicencio y Zúñiga, 2012, pp. 222-262), incluso por el liberalismo (Kymlicka, 1996, pp. 57-76, 152-164; 2002, pp. 29-98; 2007)⁵. Lo realmente problemático es hallar la forma de modular esa conexión, de modo tal que podamos vencer la dicotomía entre un universalismo sustitutivo y excluyente (Benhabib, 2006, pp. 171-201) y un relativismo cultural de carácter esencialista que es la excusa fácil, en muchas sociedades, para justificar todo tipo de violaciones de los derechos más básicos de los grupos más vulnerables o minoritarios⁶.

El desafío que tenemos por delante, entonces, es revisar críticamente la concepción tradicional de la ciudadanía –representada paradigmáticamente por el ideario liberal– pues estigmatiza a los grupos que no calzan con ella (Kymlicka, 2007, pp. 61-68; Parekh, 2002, pp. 133-150; De Lucas, 2001,

⁵ Cfr. Villavicencio (2013, 2014a). Para una revisión crítica de la tesis de que el agente moral es anterior a sus fines puede verse Villavicencio (2007). El comunitarismo –v.gr. Walzer (1993, p. 19) y el feminismo –v.gr. Frazer y Lacey (1993, pp. 53-77)– son las dos corrientes que más nítidamente le han reprochado al liberalismo su falsa abstracción.

⁶ Sobre la idea de minoría véase Keating (2001, pp. 1-28); Añón (2001, pp. 217-233); y Soriano (2002, pp. 33-35).

pp. 61-102; Banting y Kymlicka, 2006, p. 9). Esta noción de ciudadanía se caracteriza por considerar a los individuos como la fuente última de la legitimidad política, concibiéndolos como titulares de ciertos derechos por su condición de agentes morales abstractamente iguales (Song, 2007, p. 68; Delanty, 2010; Jackson, 2005; Modood, 2007; y Zúñiga, 2009 y 2010).

Los derechos ideados para ese “ciudadano ideal” no se acomodan a las necesidades de grupos diferenciados, pues demandan algo más que las tradicionales políticas redistributivas (Kymlicka, 2002, pp. 327-376). Esto se explica porque en los Estados modernos conviven dos tipos de jerarquías: la económica y la asociada al estatus. La posición que una persona ocupa en la jerarquía económica está determinada por su relación con el mercado y los medios de producción. La lucha contra las iniquidades inherentes a esta jerarquía generan las *políticas de redistribución*. La jerarquía del estatus se refleja en una historia de reglas discriminatorias contra grupos de menor categoría, y su invisibilidad o carácter estereotipado. La lucha contra estas jerarquías generan las *políticas de reconocimiento o de la diferencia* (Fraser, 2000; Delanty, 2010, p. 59; y Modood, 2007, pp. 68-70).

Como bien plantea Deveaux (2000, pp. 16-26; y 2006, pp. 54-88), la noción de ciudadanía democrática liberal se encuentra en una mala posición para intentar armonizar las diferencias sociales y culturales de los ciudadanos. Según la autora, la concepción liberal se ha llevado la peor parte de los efectos de este nuevo debate pues es incapaz de tratar a los miembros de minorías étnicas y culturales como iguales. El grueso de estas críticas derivan de la desafección liberal hacia las particularidades sociales y culturales y su insuficiencia conceptual para asegurar la justicia para ciertos grupos (Villavicencio, 2007; 2009; 2010a; y 2010b). Ante lo anterior, Deveaux ubica a los teóricos liberales en una encrucijada: continuar afirmando los derechos individuales y un modelo de justicia ciegos a las diferencias culturales, o bien reconocer la relevancia política de ciertas demandas de reconocimiento, buscando formas de satisfacer los reclamos de inclusión y autonomía. Cualquiera de los caminos elegidos presenta retos a la teoría liberal, a la forma en que hemos comprendido el Estado de Derecho y, consecuentemente, las reglas y principios que consideramos deben ser incorporados a una Constitución.

En la actualidad, ese desafío es mayor pues la disputa parece haber cambiado de foco, centrándose en las diferencias al interior de los grupos minoritarios y en cómo ellas afectan el estatus de sus demandas. Lo anterior debido a una comprensión más compleja y dinámica de la identidad cultural por parte de los filósofos políticos, siendo a la vez entendidas las prácticas y los acuerdos culturales como espacios donde se llevan a cabo la impugnación de los mismos (Benhabib, 2002, p. 4; y Parekh, 2006, pp. 336-338). Este amplio reconocimiento de los desacuerdos y conflictos que se suscitan dentro de los grupos culturales minoritarios requiere enfatizar el estudio del tratamiento que se les da a los miembros más vulnerables de tales comunidades, es decir, a las minorías internas o las minorías dentro de las minorías que deben hacer frente, como sucede en todo grupo humano, a quienes monopolizan el poder hegemónico y el control de las mismas (Cfr. Green, 1994, pp. 256-272; y Einsenberg y Spnner-Halev, 2005). En este contexto surge como trascendental el examen de las demandas de grupos culturales, sobre todo tratándose de aquellas comunidades que adhieren a prácticas que refuerzan tradiciones que son no liberales y que, a la luz de las normas del Estado democrático constitucional en las que esos grupos están inevitablemente insertos y del derecho internacional, son discriminatorias (Villavicencio, 2014b).

Y para ejemplificar el modo en que podría redefinirse la concepción de ciudadanía para hacerse cargo del desafío planteado, me quiero concentrar en dos minorías concretas, cuyos intereses pueden coincidir o, a veces, chocar: las mujeres indígenas y los niños indígenas.

3. ILUSTRANDO EL DILEMA: EL CASO DE GABRIELA BLAS

Siguiendo el relato de Galaz (2012), la pastora aymara Gabriela Blas cuidaba llaños, como era habitual, en el altiplano en julio de 2007. En algún momento dos animales se extraviaron. Dejó a su hijo de tres años que la acompañaba para ir a buscarlos. Al volver no encontró al niño, había desaparecido. La propia mujer dio aviso a la policía, pero fue detenida, responsabilizada por la muerte de su hijo y estuvo tres años en prisión preventiva. Denunció varias veces maltrato policial y fue rápida y duramente

condenada por la prensa local. Se le encontró culpable en un primer juicio y fue condenada a 10 años. Ese primer proceso se anuló. En el segundo la pena se elevó a 12 años. Varias organizaciones de derechos humanos solicitaron el indulto presidencial, el que nunca llegó. Solo se rebajó la pena a 6 años. Hoy la pastora ya cumplió su condena y una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, patrocinada por el Observatorio Ciudadano y la Corporación Humanas, espera ser considerada⁷.

Más allá de los indudables ribetes dramáticos del relato, de un actuar muy reprochable de las policías, de una defensa de los intereses de Blas cuasi negligente y del linchamiento de la prensa, me concentraré en la falta de herramientas y técnicas jurídicas de los tribunales para resolver adecuadamente este difícil juicio. El caso para la fiscalía se reducía a que la pastora aymara había infringido su deber transcultural de garante como madre del niño. La defensa de Blas, más allá de citar abstractamente la obligación de tomar en consideración la costumbre indígena, no lograba construir un relato verosímil que pudiera convencer a los juzgadores. Por su parte, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica en su primer fallo⁸ sentenció, acogiendo la interpretación transcultural de la fiscalía, que se “puede dar por acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico” ya que no se encontraba “comprometida la costumbre aymara, en la medida que no es propia de ella (...) dejar abandonados a menores. Tampoco es posible entender (...) la concurrencia de elementos propios de la costumbre que fundamente alguna causal de exención o atenuación de responsabilidad penal”. En el segundo juicio se repitieron de forma casi idéntica los mismos argumentos por todos los protagonistas.

Este caso grafica muy bien la tensión que recorre transversalmente la aplicación del Convenio 169 de la OIT al disponer la obligación de asegurar el acceso a la justicia a las personas que pertenecen a un pueblo originario, pero considerando su derecho propio. Si bien el artículo 8.1 del Convenio establece que al “aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados

⁷ P-687-11 Gabriela Blas y otro. Agradezco a la Corporación Humanas por señalarme el estado actual del requerimiento.

⁸ RUC 0710014873-5. Texto íntegro de la sentencia disponible en: http://www.estrellaiquique.cl/prontus4_not/site/artic/20100415/asocfile/ASOCFILE120100415181641.doc

deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres”, consagra inmediatamente, como límite al derecho de conservar costumbres e instituciones propias, la circunstancia de que “éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”⁹. Expresión concreta de esa tensión en materia penal es la necesidad de compatibilizar el deber de las autoridades y los tribunales de tener en cuenta las costumbres de los pueblos originarios (art. 9.2) y el coto vedado de los derechos fundamentales (Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, 2013, pp. 416-431)¹⁰.

Hay en el caso de Gabriela Blas al menos cinco nudos críticos que nos demandan una perspectiva más compleja y dinámica para hacernos cargo de casos difíciles como éste, los que superan la lógica unidimensional del discurso de los derechos humanos y la tirantez no resuelta en el Convenio 169 entre el derecho propio y la promesa expansiva y universal de los derechos fundamentales. En primer lugar, desde la esfera de los derechos humanos, ejemplificada especialmente por la CDN, encontramos el derecho de los niños al cuidado personal y el deber primordial de los padres de proporcionárselos siempre velando por su interés superior. La potencia transcultural de este derecho es indudable, por mucho que pueda ser modulada en cada situación concreta por razones culturales, religiosas o de otra índole. En segundo lugar, concurre la obligación de respetar el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas con el fin de neutralizar el *asimilacionismo* característico del derecho estatal y reconocer, en cambio, la existencia de regímenes jurídicos pluralistas, en principio igualmente legítimos (Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, 2013, pp. 416-417). En tercer lugar, se presenta la remisión a los derechos fundamentales por el propio Convenio 169 como límite a la aplicación del derecho propio por parte de los pueblos indígenas. En cuarto lugar, observamos

⁹ A primera vista, parece clara la filiación multiculturalista liberal del Convenio 169 y, en ese sentido, se le pueden imputar, en buena medida, las críticas que se han hecho a la propuesta conceptual de Kymlicka de los *derechos de acomodo*. Véase Villavicencio (2012). El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emitió, en relación con el artículo 3 del Pacto, la Observación General N° 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres que sigue igual principio: la cultura no debe ser un pretexto válido para vulnerar el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley.

¹⁰ He explorado este problema desde la perspectiva de las mujeres indígenas en Villavicencio (2015).

la clase social y la situación desventajosa en la jerarquía económica como un aspecto importante en el modo en que se evalúan y se constituyen los diferentes aspectos de un caso. Y, finalmente, el género aparece como un elemento relevante, sobre todo por la naturalización de los roles de crianza y cuidado, los que impactan en cada uno de los ámbitos indicados. ¿Habrá algún modo satisfactorio de administrar estas tensiones?¹¹

4. UNA SALIDA ALTERNATIVA: LA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL Y UN PLURALISMO JURÍDICO DELIBERATIVO

El dilema que tenemos entre manos se puede resumir en el choque entre la maternidad entendida como fenómeno transcultural o culturalmente situado y cómo esa definición supone ciertas consecuencias normativas relevantes. Los factores que entran en juego son: la etnia, el género, la clase social, la pretensión hegemónica del discurso de los derechos del niño y la pluralidad fáctica –aunque no necesariamente reconocida jurídicamente– de sistemas normativos. Los planteamientos que se proponen para resolver de manera más adecuada casos como el de Gabriela Blas –y otros en que puedan entrar en tensión la pertenencia cultural y la protección de la infancia– son, por una parte, la interseccionalidad y, por otro, un modelo de jurisdicciones multiculturales deliberativamente situado.

La interseccionalidad¹² es un enfoque crítico que permite comprender la identidad de las personas en contextos diversos y a partir de las conexiones entre las estructuras de género, raza/etnia y clase social, y la manera cómo la intersección de éstas y otras estructuras sociales, o estatus epistémicos de la diferencia, pueden producir contextos complejos de desigualdades que

¹¹ Es evidente que una forma de resolver este conflicto jurídico es, desde el ámbito penal, absolver a la persona indígena por no ser posible hacerle un reproche antijurídico en razón de sus prácticas y costumbres culturales. Mi interés en este trabajo es ir más allá para generar una aproximación que, de vuelta, pueda enriquecer el análisis dogmático penal. Para un análisis desde el derecho penal, pero con sensibilidad intercultural, pueden verse los trabajos de Villegas (2012 y 2014) y de Couso (2013).

¹² Hemos revisado la idea de interseccionalidad en otro trabajo. Lo que se presenta aquí se basa en ese artículo. García y Villavicencio (2016).

pueden, a su vez, ser analizados en términos de poder a través de distintos niveles (Anthias y Yuval-Davis, 1992; Anthias, 1998; Andersen, 2005; McCall, 2005; Winker y Degele, 2009).

Para Anzaldúa (1987), la *raza* y la clase social contribuyen —de la misma manera que lo harían el género y la orientación sexual— en la manera como nos percibimos a nosotros mismos y cómo somos percibidos por los demás, jugando un papel constitutivo en la tarea de emprender la construcción de las identidades. De la lectura de Anzaldúa se desprende una crítica a las condiciones opresivas —para las mujeres— inherentes a los distintos sistemas culturales dominados por una supremacía de lo masculino. Estas condiciones son difíciles de separar en la medida que se constituyen como experiencias simultáneas de opresión: no podemos criticar el racismo, sin hacer referencia al sexismo y al clasismo, y viceversa.

En este sentido, considerar la intersección del género con otras categorías como la *raza*/etnia o la clase social en el análisis y comprensión de la diversidad cultural resulta relevante en la medida que el género debe ser entendido no solo como el conjunto de creencias, prescripciones y atribuciones que se construyen socialmente en relación a lo *femenino*, sino también en relación a lo *masculino*¹³. Esto es clave en la medida que las culturas son definidas a partir de un concepto de sujeto masculino hegemónico, aun cuando muchas veces se pretende que éstas no tienen género. En este sentido, la interseccionalidad permite no solo dar cuenta del olvido de las mujeres y reconocer la diversidad sexual, sino también criticar las masculinidades hegemónicas que se (re)producen y ocultan en lo *universal*, así como dar cuenta de éstas como construcciones sociales. En esta dirección, la crítica hacia el esencialismo cultural no es solo porque éste estereotipifica lo femenino, sino también lo masculino, a la vez que suele referirse solo a las minorías, dejando de lado las características y diferencias existentes dentro de las mayorías.

¹³ Como sucede habitualmente con los conceptos fundamentales, la idea de género es controvertida, pero podemos en general señalar que se trata del “conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y mujeres a través de un proceso de construcción social” (Benería, 1987, p. 46 y Sánchez, 2002, p. 359).

Se entiende, entonces, la interseccionalidad como una alternativa a la política de la identidad que permite considerar las diferencias intra-grupales subvirtiéndolo las separaciones entre género, *raza*/etnia y clase social como elementos separados y disyuntivos. En este sentido, al hablar de diversidad cultural se busca resaltar la necesidad de entenderla a partir de su carácter inherente y constitutivamente interseccional. Como tal, la diversidad cultural constituye un fenómeno formado por distintas condiciones que la modelan conjuntamente de una forma que no puede ser definida a priori, poniendo de relieve su origen complejo y su interconexión originaria con distintas condiciones de identificación y discriminación social como lo son el género, la *raza*/etnia y la clase social, entre otras. Esta postura se sustenta en el principio de que ninguna cultura debería ser reivindicada sin haber hecho conciencia de aquellos aspectos sexistas, racistas y clasistas que la constituyen.

Esa perspectiva interseccional ha de ser conectada con una concepción del pluralismo jurídico que aquí presento en la versión de Shachar (Cfr. Villavicencio, 2014b). Esta autora propone un modelo que denomina *jurisdicciones multiculturales* para enfrentar los desafíos que supone la diversidad cultural y la aplicación de reglas jurídicas. El punto de partida para esta filósofa es lo que ella denomina la paradoja de la *vulnerabilidad multicultural*, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de esos grupos y respetar la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación (Shachar, 2001, pp. 4-10).

La aspiración fundamental del modelo es lograr dejar atrás la paradoja logrando proteger a los grupos vulnerables u oprimidos por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y locales –comunitarias, grupales o tradicionales– desde una concepción dinámica de las culturas. Así, podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no fomentando su oposición refractaria hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no-monopolio jurisdiccional y se

asegura la elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurado jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que, en su opinión, la discrimine y, por supuesto, a la inversa. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa del grupo cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales básicos (Shachar, 2001, p. 117 y ss.; y Pérez de la Fuente, 2004, pp. 423-425).

Algunas críticas relevantes a Shachar, más allá de la falta de certeza y el costo, son: primero, en un modelo pluralista no se traza una distinción clara entre lo normativamente correcto y lo institucionalmente factible, es decir, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales y políticas con aquello que por principio consideramos justo (Cfr. Kukathas, 2012, pp. 53-55); y, segundo, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el serio riesgo de provocar una especie de refeudalización de la ley, socavando la igualdad ante la ley (Benhabib, 2002, pp. 38-50). Hay una diferencia relevante entre las excepciones hechas a favor de determinados grupos sobre la base de razones que se supone todos comparten, y el presupuesto de que las razones que justificarían el trato diferencial ya no exijan ser generalizadas. O sea, si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer por sobre otro tipo de normativas jurídicas, es posible que no estemos resolviendo la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino simplemente permitiendo su recirculación en todo el sistema jurídico (Barry, 2002, pp. 38-50).

Por lo indicado parece necesario que la tesis de Shachar sea equilibrada con las *propuestas deliberativas*. La base de estas posturas es revitalizar un diálogo intercultural vibrante y dinámico que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura¹⁴, la comparecencia de todos los grupos en

¹⁴ Debe superarse una *sociología reduccionista de la cultura* fundada en premisas epistémicas falsas: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible una descripción no controvertida de la cultura; y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden entre sí, esto no implica problemas para la política. Benhabib (2002, p. 4). Parekh ha sostenido que las culturas son imperfectas, limitadas, internamente plurales y permeables a influencias externas (2006, pp. 336-338).

igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Así, por ejemplo, Benhabib propone una noción de cultura articulada sobre la base del constructivismo social, caracterizada por una visión narrativa de las acciones y de la cultura conforme a la cual debemos distinguir entre el punto de vista del observador social y el del agente social. El observador social es el que impone –de la mano de las élites locales– la unidad y la coherencia sobre las culturas como entidades observadas. En cambio, el agente social representa la perspectiva de los participantes de la cultura que experimentan sus tradiciones a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertidos y rebatibles. Desde su interior, una cultura nunca aparece como un todo homogéneo (Benhabib, 2002, pp. 4 y 5). Pues bien, las tesis multiculturalistas deben sacudirse de esa concepción estática de la cultura: si una cultura cae en este vicio estaría siendo inconsistente con la única versión plausible del multiculturalismo, pues petrificaría la cultura a costa de la autonomía de algunos de sus miembros, impidiendo que éstos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh (2006, pp. 295-338), permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento sobre el modo en que debemos tratar a las minorías al interior de esas minorías.

Para las propuestas deliberativas no basta el derecho de salida, ya que traslada el peso del conflicto al individuo, excusando a los grupos, comunidades, y al Estado. Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, es muy probable que decidan permanecer en sus grupos, desafiando a las élites del mismo, o desechen la posibilidad de renunciar por el fuerte compromiso con su grupo cultural o religioso (Phillips, 2007a, pp. 151-157; y Shachar, 2001, pp. 40-42). De este modo, la democracia deliberativa emerge como el modelo más adecuado para responder a nuestro desafío, caracterizándose por dos elementos claves: a) un marcado énfasis en la esfera pública, que es el lugar donde deben situarse las disputas multiculturales y donde ocurren las transformaciones políticas y morales; y b) una defensa de la apertura de la agenda del debate público, difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es solo propio de mi cultura (Benhabib, 2002, pp. 106-114; y Deveaux, 2000, pp. 138-179).

A primera vista, las propuestas deliberativas parecen ser las más potentes, pero también presentan dificultades. Probablemente las más relevantes son las que se deducen de las objeciones generales que se hacen al modelo deliberativo y que Deveaux identifica bien a través de las siguientes preguntas: ¿Quién ha de participar en la deliberación?, ¿quién se incluye, a quién se silencia y quién habla por quién? ¿Qué normas son supuestas por el esquema deliberativo y si son éstas genuinamente compartidas o son excluyentes? ¿Cómo se conduce la deliberación? ¿Qué tipo de resultado debe ser el esperado? (Deveaux, 2005, pp. 344 y 345). Pero, más allá de las tensiones generales que afectan a las propuestas de índole deliberativa, se mantiene la ambigüedad que aflige a propuestas como las de Parekh: esperar a que el debate fluya para que se haga más amigable no es algo que los grupos oprimidos –las propias mujeres, por ejemplo– podrían estar dispuestos a aceptar. En palabras de Deveaux (2005, pp. 360 y 361), hay tres peligros de los cuales el enfoque deliberativo no puede sacudirse: primero, la posibilidad siempre contingente de que los resultados de la deliberación sean liberales; segundo, que el modelo deliberativo descansa en una concepción de la legitimidad política paradójicamente construida en tensión con las visiones canónicas de ciertos grupos tradicionales cuyas prácticas son cuestionadas; y, tercero, el rechazo de parte de las comunidades tradicionales a los efectos que pudieran generar en ellas la implementación de los requerimientos de una deliberación abiertamente inclusiva.

Expuesto el modelo, quisiera ahora volver sobre el caso Blas para ejemplificar cómo podría haber operado la perspectiva propuesta para una mejor resolución del caso. Comencemos por la interseccionalidad. Sin duda, el factor etnia ocupa un lugar importante en este asunto. Blas era una pastora “al partir”, es decir, cuidaba ganado ajeno y debía dejar su casa mientras duraba el trabajo. En la cultura aymara es habitual que los niños acompañen a sus madres en las labores de pastoreo por lo que ello no debe considerarse, necesariamente, una negligencia o una conducta temeraria que supuso colocar al niño en una situación riesgosa dolosamente. Por otra parte, la discriminación por origen étnico jugó un rol preponderante en el ilegal actuar de la policía por los continuos maltratos y abusos que sufrió Blas, el prejuicio en el aparato persecutor, la conducta negligente de la defensa y el linchamiento mediático, todos ellos unidos a una naturalización de los roles de género

conforme a los cuales la sociedad tendría derecho a exigirle a las mujeres, incluso penalmente, conductas heroicas por la sola razón de que las “buenas madres” así actúan por naturaleza.

Concurre también en el caso la condición de extrema pobreza de Blas. Ella, como se dijo, era una pastora “al partir”, el oficio más precario en el negocio altioplánico del ganado: mal pagado y riesgoso, pues los pastores deben restituir en dinero los animales extraviados lo que supone –debido a la precaria remuneración– no solo no ganar nada, sino quedar debiéndole dinero al dueño del ganado. Luego, es más o menos evidente que la decisión de Blas de dejar al niño momentáneamente para ir tras el ganado descarriado fue una decisión tan difícil como desesperada. Tampoco parecieran haber funcionado bien las redes de apoyo, ni familiares ni estatales. No me parece razonable culpar sin matices a Blas, mientras obviamos que la obligación del Estado de proteger a la infancia y de disponer de los medios necesarios para apoyar a los niños vulnerados en sus derechos fracasaron estrepitosamente. ¿Tuvo realmente la pastora alguna opción de no llevar a su hijo consigo? En fin, desde el pluralismo jurídico, y conforme al modelo de las jurisdicciones multiculturales, la pastora aymara debió poder elegir ser juzgada conforme a la costumbre aymara, en un entorno institucional en el que la deliberación intercultural entre el Estado chileno y los diferentes pueblos indígenas aseguraran un debate dinámico y vibrante.

Como sospechará el lector, aunque hubiera buenas razones para exculpar penalmente a Gabriela Blas, su hijo también es una víctima. En este punto parece impostergable denunciar la inactividad del Estado en la debida protección de los niños indígenas. Como bien plantea la Observación General Número 11 (2009) del Comité de los Derechos del Niño¹⁵ en su párrafo 25, los “niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños. En particular, se insta a los Estados partes a que consideren la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios

¹⁵ Disponible a texto completo en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/11.pdf

culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil”.

En esa misma línea, y desde la lógica de la protección transcultural de los derechos de los niños, el Comité ha dicho en esa misma Observación General que las prácticas culturales a las que se refiere el artículo 30 de la CDN¹⁶ han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño. Sin embargo, al referirse al interés superior del niño matiza ese principio universal para intentar promover ese interés desde una perspectiva intersectorial e intercultural en el párrafo 31, recomendando que al determinar el interés superior de un niño indígena, “las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo. En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general, de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural. Tales consultas deberían, en la medida de lo posible, incluir una verdadera participación de los niños indígenas”.

El caso de Gabriela Blas solo puso en evidencia otra arista más en la que el Estado chileno vulnera los derechos de los niños. La pregunta inquietante que todavía no tiene respuesta es: ¿ha impulsado el Estado chileno una política de protección especial de los derechos de los niños indígenas conforme a lo que prescribe la CDN y las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño?

¹⁶ “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

5. UNA VISITA POR LA JURISPRUDENCIA COMPARADA E INTERNACIONAL: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En este apartado me propongo presentar algunas sentencias resueltas por las cortes señaladas en las que se ha utilizado, al menos parcialmente, la perspectiva conceptual recién expuesta.

Partiré refiriéndome a tres procesos emblemáticos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) contra México por violaciones sistemáticas —y extremadamente graves— a grupos de mujeres, varias de ellas menores de edad, en los que se interconectan opresiones de carácter estructural fundadas en la clase social, la etnia y el género.

En orden cronológico, el primer caso es *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009¹⁷. El fallo se pronuncia sobre la responsabilidad internacional del Estado de México por la desaparición, violación y posterior muerte de varias jóvenes, algunas menores de edad, en el campo algodonnero de Ciudad Juárez. La CIDH llegó a la conclusión de que las jóvenes fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará y sus homicidios se perpetraron por razones de género, enmarcándose dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (párrafo 231). En opinión de la Corte, operaron en este caso estereotipos de género entendidos como una “pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (párrafo 401), los que se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer. Junto con ello, sostuvo que es “posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como

¹⁷ El texto íntegro de la sentencia puede revisarse en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.doc.

ocurrió en el presente caso” (Ídem). Por lo anterior, la Corte consideró que en este caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación (párrafo 402).

Además de lo anterior, la CIDH vinculó la discriminación por razones de género con la responsabilidad especial que el Estado mexicano violó habiendo dos niñas entre las recurrentes. En concreto, la Corte sostuvo que “los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable” (párrafo 408).

Por último, la CIDH, dentro de las *medidas de satisfacción y garantías de no repetición*, ordenó desde una inspiración interseccional que el Estado continuará “implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres” (párrafo 542).

El segundo caso que vale la pena comentar es *Fernández Ortega y otros vs. México*, de 30 de agosto de 2010¹⁸. Los hechos que dieron lugar a la responsabilidad internacional de México son lo que siguen: en marzo del año 2002, militares armados irrumpieron en el domicilio de la señora Inés

¹⁸ El fallo completo puede ser consultado aquí: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.doc.

Fernández Ortega, indígena Me'phaa. Los militares la interrogaron y, como represalia por no responder, uno de los uniformados la violó mientras los otros observaban. La CIDH ordenó, en el apartado de las reparaciones, medidas parcialmente inspiradas en una perspectiva interseccional: por una parte, determinó que “el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad” (párrafo 260); y, por otra, resaltó la importancia de “reparaciones que tengan un alcance comunitario y que permitan reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de reestablecer el tejido comunitario. Es por ello que este Tribunal considera pertinente como medida de reparación que el Estado facilite los recursos necesarios para que la comunidad indígena Me'phaa de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario, que se constituya como centro de la mujer, en el que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo desea. El Estado debe facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brinden asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales deberán adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena” (párrafo 267).

El último caso resuelto por la CIDH que resulta interesante citar es *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 31 de agosto de 2010¹⁹, de características muy similares al anterior. En febrero de 2002 la señora Rosendo Cantú, en ese momento de 17 años, perteneciente a la etnia Me'phaa, fue abordada por un grupo de ocho soldados que le hicieron preguntas y, como no las contestó, la golpearon y dos de ellos la violaron. La primera cuestión significativa de la que la CIDH se ocupa es que “conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, «es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características

¹⁹ Puede revisarse el fallo completo aquí: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.doc.

económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres» (párrafo 184). Hay en este considerando un guiño a una jurisdicción plural.

Luego, la CIDH adopta una perspectiva interseccional para examinar el caso desde algunas de las aristas relevantes: la protección de la niñez, la pertenencia a un pueblo indígena, el género y la marginalidad. Así, por ejemplo, argumenta que el “Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad” (párrafo 201).

Como quedó en evidencia, en el tema que nos compete aquí, la jurisprudencia de la CIDH si bien esboza parámetros de naturaleza interseccional, es más bien tangencial y poco sistemática. Veamos si la jurisprudencia comparada nos ofrece más luces.

La Corte Constitucional colombiana (en adelante CCC) se ha pronunciado sobre otro de los aspectos de la perspectiva que se quiere defender en este trabajo: un genuino modelo de jurisdicción multicultural. Un primer caso que vale la pena destacar es una acción de tutela acogida en favor de un ciudadano colombiano e indígena de la etnia Emberá-Chamí, que fue imputado, al tomar la fiscalía conocimiento que su pareja –de 13 años de edad– se encontraba embarazada, por el delito de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años. La CCC amparó los derechos fundamentales del recurrente, basándose en que la Constitución colombiana en el artículo 246²⁰ reconoce la jurisdicción indígena.

²⁰ El artículo 246 dispone: “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Lo interesante es que, en opinión de la Corte, ello no obsta a proteger de manera especial el interés superior de los niños indígenas, el cual no solo “es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica, exigiendo la garantía de: (i) su desarrollo integral; (ii) las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos; (iii) su protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; y (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno-filiales”²¹. Concluye la CCC argumentando que la “consideración del interés superior del menor en este caso no es incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, pues como ya se dijo, la jurisdicción indígena también tiene el deber de velar por la protección de los derechos humanos y dentro de éstos por los derechos de los niños, por lo cual esta jurisdicción también debe salvaguardar el interés superior de la menor afectada”.²²

En un segundo caso resuelto por la CCC, que también recayó en una revisión de tutela²³, la Corte negó que se vulneraran los derechos fundamentales de una adolescente de 12 años que había iniciado voluntariamente una relación sentimental con un joven de 26 años, ambos pertenecientes a la etnia indígena Zenú. Estos formalizaron, de acuerdo a la legislación colombiana, un Acta de Convivencia a fines de 2012, pero al año siguiente la madre de la adolescente presentó una denuncia contra el joven por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. La cuestión controvertida es si la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que determinó la competencia de la jurisdicción penal ordinaria –excluyendo la jurisdicción indígena– para conocer un asunto que involucra a dos personas zenúes, sobre hechos acaecidos dentro del territorio de esa comunidad, se ajusta o no a derecho.

²¹ Sentencia T-921/2013. Disponible a texto completo en: http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/1172/T_921_13_Sentencia.pdf

²² Ídem.

²³ Sentencia T-081/2015. El texto íntegro está disponible en: http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/1941/T_081_15_sentencia.pdf.

Por supuesto, la CCC no discute la existencia de una jurisdicción especial indígena pues la Constitución colombiana la prevé expresamente en su artículo 246²⁴. Tampoco cuestiona los tres requisitos que la propia Corte ha confeccionado para que la jurisdicción indígena proceda y que en el caso en comento se cumplen: a) que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena (elemento personal); b) que la comunidad pueda aplicar sus usos y costumbres dentro de su propio ámbito geográfico (elemento territorial); y c) que al interior de la comunidad indígena exista un sistema de derecho propio conformado por usos y costumbres tradicionales, y una serie de procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad (elemento institucional)²⁵.

El problema real para la CCC reside en la adecuada ponderación de tres principios en tensión. En primer lugar, el interés superior de la joven; en segundo lugar, su pertenencia a la etnia Zenú; y, por último, el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena. El razonamiento de la Corte descarta cualquier preferencia de la jurisdicción penal estatal –ni legal ni jurisprudencial– solo por el hecho de estar involucrada una persona menor de edad. Al contrario, la Corte argumenta que no resulta “constitucionalmente legítima una regla jurisprudencial que determine la exclusión absoluta de la jurisdicción especial indígena del conocimiento de casos que involucren menores de edad, si bien el juez encargado de dirimir el conflicto debe adoptar su decisión tomando en cuenta los intereses del menor, y asegurándose de que el derecho propio prevea medidas de protección para él o ella”. Por esa razón, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no le “bastaba

²⁴ La CCC ha establecido que el contenido normativo del artículo 246 comprende los siguientes elementos: “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de ‘normas y procedimientos’–, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”. Véase Sentencia C-139/1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>.

²⁵ Sentencia T-081/2015. Disponible en: http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachmen-t/1941/T_081_15_sentencia.pdf.

con señalar que la supuesta víctima del delito es una menor de edad, para que, bajo tal premisa, fuera dable concluir que el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria. En realidad, si la Corporación consideraba que dejar el caso en manos de las autoridades indígenas implicaba una desprotección de los intereses de la menor, era necesario que expusiera clara y concretamente cuáles son las razones en las que sustenta esa consideración y por qué, a su juicio, la jurisdicción que ejerce el Cabildo no puede garantizar el respeto de sus derechos”.

El razonamiento de la CCC es impecable desde el punto de vista de cómo deben relacionarse la jurisdicción indígena y la estatal. Sin embargo, desde una perspectiva interseccional omitió referirse a factores de género y sociales, los cuales podrían haber incidido en la ponderación de los intereses en juego. Con todo, para ser rigurosos, la decisión de la Corte solo exige a la jurisdicción ordinaria dar razones para considerar que dejar la resolución del caso en manos de las autoridades indígenas implicaba una desprotección de los intereses de la joven. No hacerlo supone un actuar arbitrario y discriminatorio amparado en un prejuicio infundado de carácter étnico contra la jurisdicción indígena. En ese sentido, el fallo es certero.

6. CONCLUSIONES

Frente al complejo panorama que se ha descrito en estas líneas, esto es, cómo equilibrar las legítimas aspiraciones de la CDN de fijar un catálogo de derechos individuales transcultural para los niños, niñas y adolescentes y la modulación colectiva de tales derechos en el caso de niños indígenas, el único camino que queda por recorrer es que seamos capaces de construir una visión pluralista. Esta habrá de hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural y dilucidar si la apelación a la cultura interna es una justificación suficiente para no reconocer a los niños, niñas y adolescentes –como un grupo vulnerable al interior de las minorías indígenas que también lo son– un catálogo de derechos básicos mínimos que aseguren su desarrollo y autonomía progresiva. Se trata, entonces, de un equilibrio triple: por un lado, el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas –autodeterminación territorial y funcional–; reconocimiento como conse-

cuencia de lo anterior de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable; y, por último, la distribución igualitaria de los derechos que aseguren una deliberación democrática vibrante. Estos derechos constituyen la garantía institucional de “tomarse en serio” –y, a la vez, “cobrarles la palabra”– a aquellos que defienden posturas multiculturales más intensas, pero que afirman que no defienden una visión reduccionista ni esencialista de las culturas y que, por lo tanto, éstas son porosas, permeables y admiten la disidencia interna. ¿Cómo articular esa caracterización de las culturas a través del derecho? La respuesta no puede ser otra que por medio de ciertos derechos fundamentales que salvaguardan la deliberación.

¿Qué debería decir la Constitución al respecto, entendida como bloque de constitucionalidad²⁶? Las ideas matrices que propongo son las que siguen (Villavicencio, 2014b):

1. Establecer mecanismos institucionales que aseguren la igual participación de los pueblos indígenas, dentro de la comunidad política mayor entendida como Estado plurinacional, que permitan autonomía territorial y funcional; única forma de administrar establemente el hecho de que la identidad de las personas indígenas se construye en la intersección de la identidad general y comunitaria-local²⁷;

²⁶ Con la expresión *bloque de constitucionalidad* me refiero al entramado de reglas y principios que, sin establecerse perentoriamente de forma explícita en la Constitución, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y estándares de protección de los derechos fundamentales, por cuanto han sido incorporados a través de la práctica constitucional o por mandato derivado de la propia Constitución (piénsese en la recepción de tratados internacionales vía artículo 5 de la Constitución). Tomo este concepto de la forma en que lo ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana a partir de 1995, que se basa a su vez en la doctrina del Consejo de Estado francés. Cfr. Arango (2004, pp. 79-102).

²⁷ Desde el punto de vista exclusivo de la mujer, parece también razonable incorporar en la Constitución del Estado la perspectiva de género que permita superar su falsa neutralidad al institucionalizar –explícita o implícitamente– la dominación patriarcal y una discriminación de carácter estructural contra las mujeres, excluyéndolas de los *que cuentan* para efectos de dotar de legitimidad al sistema político. Ello debería traducirse, al menos, en la incorporación de la idea de género en la cláusula de igualdad, la remisión constitucional a un sistema electoral desarrollado por la ley que permita superar la infrarrepresentación de las mujeres, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y las políticas de conciliación en materia de crianza y cuidado.

2. Institucionalizar jurídicamente el carácter *nomoi* (normativo) de la comunidad minoritaria indígena, a través de un reconocimiento general de potestades jurídicas que den lugar a una genuina jurisdicción pluralista –que excede, por cierto, la muy limitada aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio 169–, asegurando la posibilidad de elección de la mujer indígena de someterse a la jurisdicción local o la chilena caso a caso en un contexto en el que se cumplen todas y cada una de las condiciones mínimas de una democracia deliberativa²⁸.

3. Cumplidas las condiciones anteriores, es esperable que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se autoconciban como agentes morales, cuya identidad tiene una afiliación plural permitiendo que, en la vida cotidiana, tanto el Estado, el grupo dominante y los grupos minoritarios se autocomprendan como entes sociales mutables, que se influyen recíprocamente velando por sus miembros (Cfr. Shachar, 2001, p. 118). Es indispensable que las demandas multiculturales, precisamente porque muchas de sus manifestaciones desafían los presupuestos básicos de las democracias constitucionales modernas, liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública a través del diálogo, la controversia y la negociación entre ciudadanos y ciudadanas comunes (Benhabib, 2002, p. 115). En una democracia deliberativa e intercultural dinámica, las maniobras de los abogados, operadores y jueces, ejercitando las herramientas de modelos pluralistas jurídicos, no deberían reprimir del todo el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través de éste por parte de los propios ciudadanos, los de la cultura dominante, los de la cultura minoritaria y sus minorías internas. Tal como plantea Deveaux (2005, p. 362), nada de lo anterior asegura que los resultados de la deliberación van a ser considerados los más justos desde el punto de vista de los diferentes interesados, pero los procesos de evaluación y reforma, en caso

²⁸ Las condiciones serían: a) la reciprocidad igualitaria y el principio de la inclusión política; b) la autoadscripción al grupo; c) la libertad de salida y asociación; d) el principio de la no-dominación; y e) el principio de la posibilidad de revisión. Cfr. Benhabib (2002, pp. 131-132).

que sea necesario, de las prácticas impugnadas generarán soluciones legitimadas democráticamente y serán políticamente viables.

4. La Convención sobre los Derechos del Niño nos impone el desafío de transformar a los niños, niñas y adolescentes de menores a ciudadanos. Obviamente no me refiero a la definición constitucional de ciudadanía sino, cosa distinta, a una concepción mucho más extensa de ciudadanía relacionada con una cierta identidad política que se forja mediante la compenetración con los asuntos públicos por parte de todas las personas que forman una sociedad. De este modo, la ciudadanía de los niños es diversa a la de los adultos pero igualmente intensa. Sus opiniones habrán de extenderse no tan solo a los asuntos que los afectan directamente, sino que expandirse a todas las cuestiones que tengan que ver con la construcción de esa identidad pública (Baratta, 1998). Para que se produzca dicha transformación no basta el reconocimiento normativo de la calidad de titulares de derechos, sino que se requieren, además, mecanismos específicos para asegurar que esos derechos serán efectivamente ejercidos, siendo necesario que los tribunales adopten decisiones consistentes con este principio.
5. Con todo, para cumplir adecuadamente el deber que la propia CDN impone tratándose de niños indígenas, los ordenamientos jurídicos deberán incorporar las herramientas necesarias para que los derechos de los niños indígenas, su interés superior y autonomía progresiva sean modulados desde una perspectiva interseccional, teniendo en consideración su adscripción étnica, traduciendo a su discurso vernáculo el potencial universal y transcultural de los derechos fundamentales.

6. BIBLIOGRAFÍA

Andersen, M. L. (2005). "Race, gender, and Class Stereotypes: New Perspectives on Ideology and Inequality", en *Revista Norteamérica*, N° 1.

- Anthias, F. (1998). "Rethinking Social Divisions: Some Notes towards a Theoretical Framework", en *Sociological Review*, 46.
- Anthias, F. (2008). "Thinking through the lens of translocational positionality: an intersectionality frame for understanding identity and belonging", en *Revista Translocations: Migration and Social Change*, Año 4, N° 1.
- Anthias, F. y Yuval-Davis, N. (1992). *Racialized Boundaries: Race, Nation, Gender, Colour and Class and the Anti-Racist Struggle*, Routledge.
- Anzaldúa, G. (1987). *Borderlands / La Frontera: The New Mestiza*, Aunt Lute Books.
- Añón, M. J. (2001). "La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos", en J. de Lucas (dir.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de derecho judicial, N° 6, pp. 217-270.
- Arango Olaya, M. (2004). "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en *Revista Precedente*, 2004, pp. 79-102.
- Aylwin, J., Meza-Lopehandía, M. y Yáñez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM ediciones.
- Banting, K. y Kymlicka, W. (ed.) (2006). *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*, Oxford University Press.
- Baratta, A. (1998). "Infancia y democracia", en García, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá: Temis, pp. 50 y ss.
- Barry, B. (2002). *Culture and Equality*, Harvard University Press.
- Beloff, M. (1999). "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1. Santiago: UNICEF, pp. 9-21.
- Benería, L. (1987). "¿Patriarcado o Sistema Económico? Una discusión sobre dualismos metodológicos", en C. Amorós et al., *Mujeres: Ciencia y Práctica Política*, Madrid: Debate, pp. 39-54.
- Benhabib, S. (2002). *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press.
- Benhabib, S. (2006). *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* (trad. Gabriel Zadunaisky), Barcelona: Gedisa.

- Cillero, M. (2001). “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, Buenos Aires: UNICEF, pp. 49-63.
- Couso, J. (2013). “Mapuches y derecho penal”, en Olea, H. (Ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión*, Universidad Diego Portales, pp. 155-214.
- Delanty, G. (2010). *Community* (2 ed.), Routledge.
- De Lucas, J. (2001). “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en *La multiculturalidad*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 61-102.
- Deveaux, M. (2000). *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell University Press.
- Deveaux, M. (2005). “A Deliberative Approach to conflicts of culture”, en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, A. Eisenberg y J. Spinner-Halev (eds.), Cambridge University Press.
- Deveaux, M. (2006). *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press.
- Dhamoon, R. (2007). “The politics of Cultural Contestation”, en *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, B. Arneil, M. Deveaux, R. Dhamoon y A. Eisenberg (eds.), Routledge.
- Eisenberg, A. y Spinner-Halev, J. (eds.) (2005). *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press.
- Fraser, N. (2000). “Rethinking Recognition”, en *New Left Review*, Mayo-Junio 2010, N° 3, pp. 107-120.
- Frazer, E. y Lacey, N. (1993). *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, University of Toronto Press.
- Galaz, G. (2012). “La historia no contada de la pastora aymara condenada por extraviar a su hijo”, en Centro de Investigación Periodística (CIPER). Disponible en: <http://ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/> [Fecha última consulta 17 de marzo de 2016].
- García Méndez, E. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá: Forum Pacis.

- García, S. y Villavicencio, L. (2016). “Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional. Apuntes para la investigación sobre diversidad cultural”, inédito.
- Green, L. (1994). “Internal Minorities and their Rights”, en *Group Rights*, J. Baker (ed.), University of Toronto Press.
- Jackson Preece, J. (2005). *Minority Rights*, Polity Press.
- Keating, M. (2001). *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*, Paidós.
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (2 ed.), Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (2007). *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press.
- Kukathas, C. (2012). “Exit, freedom and gender”, en *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, D. Borchers y A. Vitikainen (eds.), Walter de Gruyter, pp. 56-34.
- McCall, L. (2005). “The Complexity of Intersectionality”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, N° 30.
- Millán, P. y Villavicencio, L. (2002). “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”, en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1. Santiago: UNICEF-Universidad Diego Portales, pp. 44-48.
- Modood, T. (2007). *Multiculturalism. A Civic Idea*, Polity Press.
- Parekh, B. (2002). “Barry and the dangers of liberalism”, en *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, P. Kelly (ed.), Polity Press, pp. 133-150.
- Parekh, B. (2005). “A Varied Moral World”, en *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, J. Cohen, M. Howard, y M. C. Nussbaum (eds.), Princeton University Press, pp. 69-75.
- Parekh, B. (2006). *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2 ed.), Palgrave Macmillan.
- Peña, C. (1996). “El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 626-630.

- Pérez de la Fuente, O. (2004). “Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 13, pp. 399-430.
- Phillips, A. (2007a). *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press.
- Phillips, A. (2007b). “What is ‘culture?’” en *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, B. Arneil, M. Deveaux, R. Dhamoon y A. Eisenberg (eds.), Routledge.
- Puente, V. (2001). *Minoría de edad, religión y derecho*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, pp. 34-47.
- Sánchez, C. (2002). “Feminismo y ciudadanía”, en *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), Madrid: Alianza, pp. 347-370.
- Shachar, A. (2000). “On Citizenship and Multicultural Vulnerability”, en *Political Theory*, Vol. 28 (1), pp. 64-89.
- Shachar, A. (2001). *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge University Press.
- Song, S. (2007). *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press.
- Soriano, R. (2002). “Culturas, ideologías y derechos de las minorías”, en *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 5, pp. 33-64.
- Squella, A., Villavicencio, L. y Zúñiga, A. (2012). *Curso de filosofía del derecho*, Editorial Jurídica de Chile.
- Villavicencio, L. (2007). “La concepción política de la persona y las visiones constitutivas del bien”, en *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*, Universidad Nacional de Colombia, N° 135, pp. 29-49.
- Villavicencio, L. (2009). “Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen 32, N° 1, pp. 533-557.
- Villavicencio, L. (2010a). “La relevancia moral de la identidad cultural”, en *Polis*, Volumen 9, N° 26.
- Villavicencio, L. (2010b). “Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XXIII, N° 1, pp. 37-57.

- Villavicencio, L. (2012). “Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo”, en *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín (Colombia), Volumen 11, N° 22, pp. 31-44
- Villavicencio, L. (2013). “Delineando al liberalismo auténtico. Las tesis centrales del constructivismo rawlsiano”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N° 10, pp. 157-190.
- Villavicencio, L. (2014a). *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario. Un balance*, Madrid: Dykinson-UAH.
- Villavicencio, L. (2014b). “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”, en *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, en prensa.
- Villavicencio, L. (2015). “Una concepción de la ciudadanía para una nueva Constitución. El caso de las mujeres indígenas”, en E. Chia y F. Quezada (eds.), *Propuestas para una nueva constitución (originada en democracia)*, Instituto Igualdad-Facultad de Derecho, Universidad de Chile - Friedrich Ebert Stiftung, Santiago, pp. 301-325.
- Villegas, M. (2012). “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXV, N° 2, pp. 177-205.
- Villegas, M. (2014). “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, en *Polít. crim.* Vol. 9, N° 17, pp. 213-247.
- Walzer, M. (1993). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad* (trad. Heriberto Rubio), México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Winker, G. y Degele, N. (2009). *Intersektionalität: Zur Analyse sozialer Ungleichheiten*. Bielefeld: Transcript Verlag.
- Zúñiga, Y. (2009). “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen XXII, N° 2, pp. 39-64.
- Zúñiga, Y. (2010). “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 2, pp. 133-163.

Corina Courtis y Delfina Lawson

**Derechos y garantías de la niñez
en contexto de migración y asilo**

Corina Courtis* y Delfina Lawson**

Derechos y garantías de la niñez en contexto de migración y asilo

1. INTRODUCCIÓN

Quizás por la combinación de su aislamiento y su tardío florecimiento económico, históricamente Chile no se erigió en país de inmigración (Meziano, 1995). Ello no significa que la inmigración no haya constituido un proceso social relevante a lo largo de su historia. Entre fines del siglo XIX y mediados del XX, el país patrocinó y recibió contingentes de europeos —especialmente alemanes, británicos, italianos, holandeses, croatas, suizos, franceses y españoles— y fue destino de inmigrantes de origen palestino, sirio y libanés, quienes dejaron una sólida impronta socio-cultural. Paralelamente, ya el primer censo poblacional de 1865 registra la presencia de migrantes intra-continenciales —principalmente de países limítrofes: Argentina, Bolivia y Perú— en porcentajes no desestimables en relación con la migración extra-continental. Si bien los europeos llegaron a representar el 67% de la población extranjera hacia 1940, el Censo Nacional de Población y Vivienda de 1982 —que registra el porcentaje de extranjeros más bajo en la historia del país: 0,75%— muestra un giro a favor de la inmigración latinoamericana.

* Corina Courtis es Doctora en Ciencias Antropológicas por la Universidad de Buenos Aires. Es investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina, con asiento en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, donde también se desempeña como docente. E-mail: corinacourtis@yahoo.com.ar

** Delfina Lawson es abogada de la Universidad de Buenos Aires. Se ha desempeñado como investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y como profesora a cargo de la Clínica de Migrantes y Refugiados de dicha universidad. Actualmente es Jefa de la Oficina Nacional de ACNUR en Chile.

A partir de la década de 1990, la estabilidad política y el crecimiento económico acentuaron esta tendencia y Chile comenzó a ser un destino atractivo a los ojos de los migrantes regionales. Por un lado, la migración desde países limítrofes exhibe elocuentes aumentos en las coyunturas económicas y políticas desfavorables particulares que afectaron/afectan a cada uno de ellos. Por otro, se observa el “despegue” de los ingresos desde países regionales no limítrofes que han generado alta emigración en los últimos años, tales como Ecuador y Colombia. De hecho, las migraciones provenientes de Perú, Ecuador, Colombia y el Estado Plurinacional de Bolivia serán las que muestren mayor crecimiento a lo largo de la década. Desde situaciones de pobreza estructural y falta de oportunidades a conflictos que amenazan la vida o seguridad de las personas han fungido como causantes de movilidad desde los países de la región. Además, la migración extra-continental acusa transformaciones en su composición por origen, puesto que se comienza a evidenciar la presencia de inmigrantes provenientes de Asia Pacífico (Courtis, 2010; Martínez y Soffia, 2013).

En el censo nacional de 1992 se contabilizaron 114 mil extranjeros, correspondientes al 0,9% de la población total –un leve repunte respecto de la década anterior. Diez años después, el censo de 2002 registraba 184 mil extranjeros, que representan el 1,2% del total de la población. Según este censo, la composición de la población extranjera reflejaba los siguientes orígenes: América, 77% (encabezada por los argentinos); Europa, 17%; Asia, 4%.

Recientemente, sobre la base de los resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda de 2002¹ y los permisos de residencia definitiva otorgados anualmente entre 2005 y 2014, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante, DEM), estimó en 411 mil personas la población de extranjeros residentes en Chile –2,3% de la población total del país–, lo cual representa un aumento aproximado del 123% respecto de la medición censal anterior (DEM, 2016). El incremento es, en los hechos, más marcado aún dado que estas cifras

¹ Último censo tenido por válido, dado que el efectuado en 2012 levantó sonadas controversias y múltiples instituciones y organismos han recomendado evitar su uso.

no contemplan a la población con visas de carácter temporal ni en situación migratoria irregular². Según las estimaciones del DEM, las principales nacionalidades de origen de la población extranjera residente en Chile están representadas por Perú (32%), Argentina (16%), Bolivia (9%), Colombia (6%) y Ecuador (5%). El 53% de esta población está compuesta por mujeres. La distribución por edades muestra que se trata de una migración mayormente joven y adulto-joven –el 43% tiene entre 20 y 35 años–, con un porcentaje no desestimable de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) –el 22% se ubica en la franja de 0 a 19 años.

Sin duda, Chile se posiciona hoy como uno de los países con mayor crecimiento inmigratorio en América Latina. El informe elaborado por el DEM destaca “la magnitud del fenómeno migratorio nacional” y reconoce que “el país se ha ido consolidando como receptor de migración, y de una cada vez más diversa en términos del origen de sus migrantes” (Departamento de Extranjería y Migración, 2016, pp. 23-24). Este proceso conlleva una serie de desafíos que hacen imperativa su consideración por parte del Estado en el marco de un debate constitucional. En buena medida, esos desafíos se refieren a situaciones que afectan a las capas más jóvenes de la población vinculada a experiencias migratorias: tanto NNA extranjeros como nacidos en Chile de padres migrantes. La presencia de NNA que llegan al país solos o junto a sus progenitores y/o familiares, la alta proporción de mujeres migrantes –agentes efectivas y potenciales de reunificación familiar– y la concentración de migrantes en edades reproductivas –que tienen y probablemente tendrán hijos en territorio chileno– confrontan al Estado con una realidad instalada que requiere de atención específica: la de la niñez y adolescencia en contexto de migración y asilo.

Los desafíos que enfrenta el Estado chileno se enmarcan, asimismo, en un contexto global en donde la movilidad humana, y en particular aquella que se origina en causas forzadas, se encuentra en el centro de la agenda política

² Según este informe, el total de permisos de residencia definitiva otorgados entre 2005 y 2014 suman 222.475, mientras que el total de visas de carácter temporal (por uno o dos años, para estudiantes, sujetas a contrato y temporarias) ascienden a 838.573. Cabe destacar que estas últimas no necesariamente reflejan intenciones de estadía a corto plazo; antes bien, suelen anteceder a una migración de largo plazo.

internacional. En este sentido, la recientemente adoptada Declaración de Nueva York subraya la importancia de adoptar un enfoque integral, y de garantizar que se dé a todas las personas que se desplazan “una acogida rápida, respetuosa, humana y digna, que se centre en las personas y tenga en cuenta las cuestiones de género”, garantizando “el pleno respeto y la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.³ En dicha declaración, los Estados reconocen y se comprometen a atender, de conformidad con las obligaciones internacionales, las necesidades especiales de “todas las personas que se encuentran en situación vulnerable y que viajan durante los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, como las mujeres en situación de riesgo, los niños, especialmente los menores no acompañados o separados de sus familias (...)”,⁴ entre otros grupos.

2. CHILE, ¿PAÍS DE ACOGIDA? EL ENCUADRE NORMATIVO CHILENO EN MATERIA MIGRATORIA Y SU IMPACTO SOBRE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE MIGRACIÓN Y ASILO

Las dinámicas migratorias que se perfilaron en las últimas décadas en Chile no fueron acompañadas de una adecuación normativa destinada a abordar esta realidad socio-demográfica. La legislación migratoria que ha regulado el ingreso y la permanencia de la migración contemporánea en el país ha sido el Decreto Ley N°1.094 del año 1975, junto con su decreto reglamentario N°597 del año 1984. Esta norma dista de ser una ley integral de migraciones: se trata de un decreto que otorga absoluta discrecionalidad al Poder Ejecutivo, desconociendo los derechos más fundamentales que asisten a toda persona. Al igual que otras normas migratorias que fueron dictadas en períodos similares en la región –pero que luego fueron reformadas–, este marco normativo se centra en la seguridad interior y busca evitar el ingreso de personas consideradas “sospechosas” o que pudiesen representar un peligro para la nación. Debido a su tónica restrictiva y a la carencia de

³ Asamblea General, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, Septuagésimo primer período de sesiones, A/71/L.1, 19 de septiembre de 2016, párr. 22.

⁴ *Ibid.*, párr. 23.

un enfoque de derechos, esta norma dificultó fuertemente la regularización migratoria y colocó a buena parte de la población migrante en múltiples situaciones de vulnerabilidad, que se sumaron a las condiciones de desventaja ya padecidas por algunos colectivos, en especial, mujeres y NNA. Las siguientes viñetas biográficas dan cuenta de las diversas maneras en que los NNA en contexto de migración y asilo han visto afectado su acceso a derechos básicos en Chile⁵:

Caso 1. M llegó desde el Pacífico colombiano con sus hijas de 15 y 17 años en 2012. Salieron de su país por haber sufrido diferentes formas de violencia como consecuencia del conflicto armado y del accionar del crimen organizado. Sufrieron un robo y diversas formas de acoso durante el viaje. En el paso de Chacalluta, los agentes de frontera les negaron el acceso al territorio, pese a que señalaron que venían huyendo, porque no “podían acreditar el turismo”. Las tres deambularon durante unos días hasta que dieron con un “coyote” que las hizo ingresar por un paso no habilitado. Una vez en Chile, el hombre manifestó que el pago que M le hacía no era suficiente y la llevó ante una persona que le daría trabajo para juntar el dinero que cubriría la deuda. Las tres fueron forzadas a prostituirse en una ciudad del norte.

Caso 2. R es de origen peruano. Llegó a Santiago en 2005, con su hijo pequeño, J. Ambos permanecieron durante años en situación migratoria irregular. R tuvo enormes dificultades para que su hijo, que al día de hoy padece problemas respiratorios, recibiera tratamiento médico. También las autoridades de la escuela cercana a su vivienda se negaban a matricular a J debido a su condición migratoria y no aceptaban incorporar las notas de J al sistema nacional de registro ni expedir el certificado de aprobación del ciclo primario sin la presentación de los documentos requeridos.

Caso 3. En 2014, por derivación de un paramédico, A y S, de nacionalidad boliviana, llevaron a su hijo recién nacido a la posta rural del pueblo en que habitan. Por la gravedad del cuadro diagnosticado, lo trasladaron al hospital

⁵ Las viñetas biográficas recogen casos reales que fueron objeto de registro y, en algunos casos, de intervención, por parte de organizaciones que trabajan con migrantes, clínicas y servicios jurídicos gratuitos, agencias gubernamentales y organismos internacionales.

regional. En la urgencia del hospital condicionaron la atención del niño al pago de 30 mil pesos, monto que los padres no poseían. A y S volvieron a la posta en busca de ayuda. Pocas horas después, debieron trasladar al niño a una segunda posta. El lactante llegó sin signos vitales y allí se dio aviso de su fallecimiento a Carabineros.

Caso 4. P es argentino y hace más de veinte años que vive en Chile. Está casado con una mujer chilena y tiene dos hijos nacidos en el país, de 13 y 16 años. Pesa sobre él una orden de expulsión que no alcanzó a recurrir porque la notificación de expulsión le llegó de manera tardía y el plazo para interponer un recurso le resultó demasiado breve. Su familia, que depende de él, está angustiada. Los niños no quieren irse de Chile ni separarse de su padre y piden que alguna autoridad los escuche.

Caso 5. En 2008, en un hospital de Santiago, nació S, hija de padres de nacionalidad boliviana que se encontraban en Chile desde hacía tres años. Al momento de nacer S, sus padres no contaban con una residencia autorizada. Los agentes de la administración pública equipararon la condición migratoria irregular de los padres a la de “extranjero transeúnte” y no inscribieron a S como chilena sino como “hijo de extranjero transeúnte”. S necesitó de un tratamiento médico especial pero el servicio de salud se lo negó alegando que no le correspondía por no ser chilena. La falta de tratamiento médico le dejó secuelas de por vida. Tampoco pudo acceder a la nacionalidad de los padres, ya que no hay consulado en el lugar donde ella vive y sus padres no tienen dinero para trasladarse. No ha rectificado su certificado de nacimiento, pues no sabe cómo hacerlo.

Cabe destacar que, con voluntad política de distintos gobiernos, Chile ha tomado medidas, mayormente de carácter administrativo, para intentar corregir algunas de estas situaciones y se han logrado avances sustanciales en la garantía de los derechos de las personas migrantes. Al mismo tiempo, el Poder Judicial, y principalmente la Corte Suprema de Justicia, ha asumido un rol principal en la defensa y garantía de los derechos de las personas migrantes.

Entre otras iniciativas administrativas, se establecieron dos procesos extraordinarios de regularización migratoria⁶, se ha dispuesto el acceso de las inmigrantes embarazadas⁷ y de los niños inmigrantes en situación irregular a la atención de la salud⁸, se ha facilitado el acceso de los NNA migrantes al sistema educativo más allá de su situación migratoria, se ha habilitado la regularización migratoria de todo niño que se encuentre matriculado en un establecimiento educacional reconocido por el Estado⁹ y se ha facilitado el ingreso de NNA en situación migratoria irregular a la Red de Protección de la Infancia¹⁰. Desde el ámbito judicial, las sentencias consistentes y reiteradas de la Corte Suprema han gatillado un cambio en la interpretación del concepto de extranjero transeúnte¹¹ y han asegurado el derecho a la vida familiar de los NNA migrantes.

Sin embargo, muchas de las prácticas de la administración pública que atentan contra el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población migrante no han logrado ser erradicadas por completo. Actualmente hay consenso entre los distintos actores sobre la necesidad de adoptar una nueva legislación migratoria con enfoque de derechos, que pueda responder a las necesidades existentes a nivel nacional, que se inserte armoniosamente en el contexto regional y que, a su vez, sienta las bases para el diseño e implementación de una política migratoria. En ese sentido, los instructivos presidenciales N°9/2008 y N°5/2015 dictados por la presidenta Bachelet, que promueven “el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes y el desarrollo de un contexto que facilite la migración segura”,¹² constituyen un sólido punto de partida para la futura Política Nacional Migratoria.

⁶ Uno, bajo la presidencia de Eduardo Frei; el otro, durante el primer mandato de Michelle Bachelet.

⁷ Departamento de Extranjería y Migración, Oficio Circular N° 1179, 28 de enero de 2003.

⁸ Departamento de Extranjería y Migración, Resolución Exenta N° 1.914, que aprueba Convenio de Colaboración entre Ministerio del Interior y Ministerio de Salud, marzo 2008.

⁹ Departamento de Extranjería y Migración, Oficio Circular N° 6.232, 26 de mayo de 2003; Ministerio de Educación, Oficio Ordinario N° 07/1008-1531, 4 de agosto 2005, y Departamento de Extranjería y Migración, Resolución Exenta N° 6.677, 20 de noviembre 2007 (Convenio de acceso a la educación parvularia).

¹⁰ Ministerio del Interior, Resolución Exenta N° 10.654, 28 de diciembre 2009.

¹¹ Profundizaremos este tema en el próximo apartado.

¹² Instructivo Presidencial N°5/2005, “Lineamientos e instrucciones para la Política Nacional Migratoria”, párr. I.3, noviembre 2015.

Si bien en el ámbito migratorio no se han logrado avances legislativos¹³, durante los últimos años se han aprobado diversas normas que se relacionan directamente con el tema. En el año 2010 se promulgó una ley para la protección de personas refugiadas¹⁴, que incluye las principales garantías y derechos establecidos por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. En el año 2011, se tipificaron los delitos de trata y tráfico de personas mediante modificación al Código Penal¹⁵.

En relación con la nacionalización de extranjeros, en enero de 2016 se aprobó la reducción de la edad para solicitar la carta de nacionalización de los hijos de extranjeros y de los menores de 18 años de edad cuyo padre o madre tengan la calidad de refugiados reconocidos por Chile. Así, podrán “nacionalizarse chilenos desde el momento en que, al menos, uno de sus padres haya obtenido la carta de nacionalización, sin necesidad de cumplir cualquier otro requisito legal”.¹⁶

En el ámbito internacional, Chile ha suscrito la mayoría de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos más importantes, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1990, la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM) en 2005, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003) y los protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, en especial de Mujeres y Niños (2004) y contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2004). Lamentablemente, Chile no ha ratificado ninguna de las dos convenciones internacionales sobre prevención de la apatridia y, de acuerdo a información brindada por las autoridades, en el país residen miles de NNA a quienes se les desconoció el derecho a acceder a la nacionalidad chilena

¹³ El 4 de junio del año 2013, durante el gobierno del ex-presidente Sebastián Piñera, se presentó un proyecto de ley de Migraciones en la Cámara de Diputados. Dicho proyecto no ha registrado movimientos desde el año 2014.

¹⁴ Ley N°20.430, *Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 de abril de 2010.

¹⁵ Ley N°20.507, *Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal*, promulgada el 1 de abril de 2011.

¹⁶ Ministerio del Interior, Decreto 5142, *Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros*, artículo 2° (8/1/2016).

por una interpretación equivocada del concepto constitucional de “extranjero transeúnte”.¹⁷

Los órganos que supervisan el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados han reconocido los importantes avances que ha logrado el Estado chileno pero, simultáneamente, han mostrado preocupación por la persistencia de situaciones de vulneración de derechos fundamentales como las ilustradas en las viñetas biográficas. Y, fundamentalmente, han insistido en la necesidad de adoptar con urgencia una política migratoria que incluya un nuevo marco normativo con un enfoque basado en los derechos humanos, respetuoso de las obligaciones contraídas por el Estado y que proteja a las personas migrantes en territorio chileno.¹⁸

Confianza en que Chile dará prontamente ese paso, creemos que una nueva Constitución Política que incorpore con claridad tales obligaciones representará un instrumento indispensable para apuntalar y afianzar la aplicación del nuevo encuadre normativo. Por otra parte, así como una reforma en materia migratoria permitirá trascender la mayor o menor voluntad política de los gobiernos de turno para garantizar el acceso de la población migrante a derechos fundamentales, la aprobación de una Constitución que recoja explícitamente los estándares de derecho internacional permitirá asegurar un umbral de protección frente a potenciales reformas legislativas que pudieran pretender enfoques regresivos. En el apartado siguiente pasamos revista a los estándares especiales aplicables a los NNA migrantes.

¹⁷ En enero del año 2016, el Servicio de Registro Civil e Identificación reconoció, en el marco de un reclamo de nacionalidad colectivo, que en ese momento había en Chile un total de 2.503 personas inscritas como “hijo de extranjero transeúnte”. Corte Suprema, Rol 24.089-2015.

¹⁸ El gobierno de la presidenta Bachelet se ha comprometido a presentar un nuevo proyecto de ley durante el primer semestre de 2016. El Mercurio, 28 de enero de 2016 “Nuevo marco legal para inmigrantes. Futura Ley de Migraciones incluye creación de un Registro Nacional de Extranjeros”.

3. LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ESTÁNDARES ESPECIALES APLICABLES A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE MIGRACIÓN Y ASILO

Como aporte a un posible debate constitucional, analizaremos aquí algunos de los desarrollos en materia de infancia más relevantes para el contexto chileno y de la región¹⁹.

3.1 El derecho humano a migrar

Migrar es un derecho fundamental de carácter universal: toda persona es titular de este derecho. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) reconoce que “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) reconocen este derecho en términos similares²⁰. No hay duda, hoy en día, de que todas las personas tienen la libertad de salir de su Estado de nacionalidad o de residencia. Pues bien, si una persona en el ejercicio de ese derecho cruza una frontera internacional, necesariamente lo hace para ingresar a otro Estado, salvo que desee permanecer en aguas internacionales o en el espacio terrestre entre dos fronteras, lo cual resulta altamente improbable. Por ende, el derecho a salir del propio país conlleva la posibilidad de ingresar a otro.

En el actual mundo de la globalización, bienes e información circulan con escasa limitación. No sucede lo mismo con las personas que, por diversos

¹⁹ Un análisis más extensivo de los principales estándares de derechos aplicables a los NNA migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional, acompañado del examen de diversas medidas adoptadas por el Estado de Chile para garantizar esos derechos y de recomendaciones para el fortalecimiento de la protección integral de la niñez en situación de migración y asilo, puede encontrarse en la compilación *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos*, realizada conjuntamente por ACNUR, OIM y UNICEF, Santiago, 2012. http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/NINOS%20MIGRANTES%20baja.pdf

²⁰ CADH, artículo 20.2: “Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”; PIDC, artículo 12.2: “Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio”.

motivos, salen de sus países de origen. Una gran cantidad de ellas lo hacen de manera forzada, empujadas por los desastres naturales y el cambio climático, por haber sufrido violaciones a sus derechos humanos, por encontrarse en zonas de conflicto armado internacional o interno, por ser víctimas de alguna forma de violencia, por la falta de oportunidades, la pobreza estructural y el hambre, entre muchas otras razones. Todas estas personas requieren de una protección especial y reforzada por parte de los Estados receptores. Dicha protección puede materializarse a través del reconocimiento del estatuto de refugiado o de algún otro mecanismo como, por ejemplo, el otorgamiento de una visa de residencia humanitaria para quienes no reúnan los requisitos de una persona refugiada, o de una residencia para extranjeros.

La forma en que los Estados limitan el derecho a la libre circulación se efectiviza, en un primer momento, en el control migratorio en las fronteras. Los Estados pueden fijar sus políticas migratorias y establecer medidas vinculadas con el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas a su territorio. Sin embargo, dichas políticas deben contemplar el respeto por los derechos humanos y, siempre que se establezcan distinciones, éstas deberán ser objetivas, proporcionales, razonables y compatibles con las normas de protección de estos derechos²¹.

Una vez que la persona se encuentra en el territorio de un Estado que no es el propio, se desprenden un número de obligaciones mínimas que el Estado receptor está obligado a cumplir. Si la persona salió de su país en forma forzada, entonces se deben contemplar las obligaciones especiales de protección y acompañamiento que emanan de estas situaciones. Si la persona ingresó al territorio de otro Estado en forma irregular, habrá que analizar las razones por las que lo hizo y evaluar sus necesidades de protección. Sin embargo, y como veremos a continuación, dado el carácter universal de los derechos humanos, el goce y el ejercicio de los mismos no puede limitarse por la situación migratoria regular o irregular de la persona.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC 18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 169; Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 39.

3.2 El acceso a derechos sin discriminación

El principio de no discriminación es uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos y, como tal, se encuentra reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos.

La discriminación es una de las vulneraciones más graves que sufren los NNA migrantes, ya sea en el tránsito hacia el país de destino o una vez en él. Los NNA migrantes pueden sufrir discriminación en el acceso a derechos como la salud, la educación, el disfrute de la vida familiar y una vida digna. En los casos más graves, pueden verse expuestos a situaciones de explotación laboral, sexual y violencias de diferentes tipos.

La DUDH²² señala, en su primer artículo, que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. A continuación, establece que toda persona tendrá todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, *origen nacional* o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Este principio se traduce en la prohibición para el Estado de realizar distinciones arbitrarias que, basadas en alguno de estos motivos, afecten el ejercicio y goce de los derechos de las personas. De acuerdo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), la discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”.²³ La discriminación impide el ejercicio

²² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

²³ Comité DESC. Observación General N° 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (2009), párr. 7. En el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD); el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el artículo 2 de la

y el goce de los derechos en forma plena, y afecta en particular a aquellos grupos que enfrentan patrones de desigualdad históricos, al igual que formas contemporáneas de discriminación²⁴; por lo tanto, los Estados deben prevenirla en todas sus formas.

El principio de no discriminación es recogido en forma categórica por la CDN, que señala que todos los derechos enunciados en dicha Convención deberán ser respetados por los Estados y garantizados a todos los niños sujetos a su jurisdicción sin distinción alguna, sin importar la situación o condición de los niños, de sus padres o de sus representantes legales²⁵. Asimismo, establece que los niños no pueden ser castigados o discriminados por la condición, las actividades, las opiniones expresadas o la creencia de sus padres, sus tutores o de sus familiares.

La Corte Interamericana, por su parte, señala que “(...) todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley (...).[E]ste Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.²⁶

.....
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés) figuran definiciones similares. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su Observación General N° 18 (párr. 6 y 7) y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.

²⁴ Comité DESC, *Ob. Cit.*, párr. 1.

²⁵ CDN, artículo 2.1.

²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. *Ob. Cit.*, párr. 100 y 101.

En Chile aún existen situaciones de discriminación que afectan el ejercicio pleno de los derechos humanos de las personas migrantes. Los órganos que supervisan el cumplimiento de las obligaciones que surgen de los tratados internacionales han llamado repetidamente la atención al Estado chileno sobre este punto. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD, por sus siglas en inglés), en sus Observaciones Finales del año 2013, manifestó su preocupación por la discriminación que sufren las personas migrantes, y en particular las de origen latinoamericano²⁷. El Comité de los Derechos del Niño se refiere a este mismo problema en 2015²⁸. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés) manifestó su preocupación por la “exclusión social y la vulnerabilidad de las mujeres migrantes, así como los obstáculos que les impiden disfrutar de derechos fundamentales como el acceso a prestaciones sociales y servicios de atención de la salud, en particular en el caso de las mujeres embarazadas”.²⁹

Los Comités recomiendan al Estado de Chile adoptar las medidas pertinentes para asegurar en forma efectiva que las personas migrantes puedan acceder sin discriminación a los derechos garantizados en las Convenciones, incluyendo salvaguardas específicas en el marco de la reforma legislativa sobre migraciones. Asimismo, instan al Estado a implementar iniciativas de educación y sensibilización para prevenir y evitar la discriminación y/o estereotipificación de las personas migrantes³⁰. El Comité CEDAW recomendó al Estado, en particular, que adopte las medidas que correspondan para mejorar la situación social de las mujeres migrantes, de manera tal de acabar con la explotación sexual y la trata de personas, y para garantizar su acceso a prestaciones sociales y servicios de atención de la salud con independencia de su condición³¹. Algunas Constituciones de la región se refieren o incorporan explícitamente este principio. Entre otras, la Constitución de Argentina del año 1853, reformada en 1994, señala como su

²⁷ Comité CERD, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, 2013, párr. 18.

²⁸ Comité CDN, Observaciones finales sobre el Estado de Chile, 2 de octubre de 2015, párr. 78 c).

²⁹ Comité CEDAW, Observaciones finales sobre Chile, 2012, párr. 40.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, párr. 41 a y b.

fin “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad (...) para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino (...)”.³² En el primer capítulo de dicho cuerpo normativo, titulado “Derechos y garantías”, se establecen los derechos a los que tendrán acceso “Todos los habitantes de la Nación”, sin hacer una distinción entre nacionales y extranjeros. Entre otros, se incluyen el derecho de trabajar y ejercer industria lícita, de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender (art. 14); el principio de legalidad y el derecho a un juicio previo con las garantías del debido proceso (art. 18); y el principio de reserva, mediante el cual nadie podrá ser juzgado ni penado por la realización de acciones que no estén prohibidas por ley (art. 19). Finalmente, el artículo 20 de este capítulo fija los requisitos para obtener la nacionalización y establece explícitamente que: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes”.

Mediante la reforma constitucional que tuvo lugar en la década de 1990, Argentina adicionó a su Carta Magna un capítulo sobre “Nuevos derechos y garantías”, bajo el cual se reconocen el derecho a un ambiente sano (art. 41), y a interponer un recurso de amparo, de habeas data y de habeas corpus a “toda persona”, sin distinción de acuerdo a su nacionalidad o situación migratoria. Una modificación clave para la protección de los derechos de las personas migrantes es que la Constitución Nacional argentina le otorga jerarquía constitucional a los principales tratados internacionales de

³² Constitución Nacional Argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1° de mayo de 1853, reformada en 1994. Preámbulo.

derechos humanos³³, y se entienden como complementarios de los derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución.

En Argentina, entonces, a la luz de las disposiciones constitucionales esgrimidas, el acceso al ejercicio y goce de los derechos enunciados no puede estar limitado por la nacionalidad o la situación migratoria de la persona; estos derechos deben ser garantizados en condiciones de igualdad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido en reiterados fallos a los artículos 14 y 20 para proteger los derechos de personas extranjeras y ha declarado la inconstitucionalidad de leyes que requerían la nacionalidad argentina para acceder a cargos públicos³⁴.

La Constitución ecuatoriana adoptada en el año 2008³⁵ incorpora, en forma transversal y a lo largo de más de cincuenta artículos, la temática de la movilidad humana con miras a garantizar los derechos fundamentales de las personas en situación de movilidad y a mejorar sus condiciones de vida. Así, bajo el Título I “Elementos Constitutivos del Estado” se fija la obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de derechos sin discriminación (art. 3) y se establece que las personas extranjeras en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo a la Constitución (art. 9).³⁶

³³ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁴ CSJN, 1928 “Maciá y Gassol” Fallos (1928-151-211); CSJN 23/3/1956 “Sosa, Lino” Fallos (1956-234-203); CSJN, 28/9/1979, “Carrizo Coito, Sergio” Fallos (1980-302-604), CSJN, 8/11/1988, CSJN, 24/2/1998, “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba Provincia s/ amparo” Fallos (1998-321-194) (empleada de hospital público).

³⁵ Se trata de la vigésima Constitución del Ecuador. Aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008; entró en vigor el 20 de octubre de 2008 al ser publicada en el Registro Oficial No. 449.

³⁶ Con requisitos en lo que concierne a los derechos políticos (art. 63) y limitaciones en lo referido a adquisición de bienes inmuebles o concesiones en áreas de seguridad nacional o áreas protegidas (art. 405).

En el caso de México, cuya Constitución Política data de 1917, cabe destacar la reforma efectuada en 2011 sobre el artículo 1, que pasó de tratar de “garantías individuales” a hablar, en un lenguaje jurídico más contemporáneo “de los Derechos Humanos y sus garantías”. En su versión reformada, este artículo señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como de las garantías para su protección³⁷. Asimismo, establece la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y prohíbe la discriminación motivada por “origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

No cabe duda que la incorporación de este principio en un texto constitucional no asegura su respeto y garantía en todos los niveles del Estado, sin embargo, establece un marco legal que luego no podría ser desconocido por los niveles inferiores, y debiese ser exigible a nivel judicial.

En consecuencia, y a la luz de los estándares internacionales descritos y de la experiencia comparada, resulta evidente que los Estados no pueden restringir el ejercicio y el goce de los derechos fundamentales por –entre otros motivos– el origen nacional ni la situación migratoria de las personas migrantes –incluyendo a los NNA migrantes– o de sus padres. Las obligaciones a las que se encuentra sujeto el Estado se deben aplicar de cara a todos los NNA bajo su jurisdicción, comprendidos quienes intenten ingresar a su territorio y quienes se encuentren en situación migratoria irregular.

De ahí que, si se busca definir el alcance amplio de la protección que brindará un Estado, resulte fundamental la incorporación, en su texto constitucional, de la prohibición de discriminación en el acceso a derechos, con mención expresa de los motivos de origen nacional y situación migratoria.

³⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917; última reforma publicada, 27/01/2016.

3.3 La protección especial de niños, niñas y adolescentes migrantes

El fortalecimiento de las fronteras y el endurecimiento de las políticas migratorias exponen a las personas migrantes y refugiadas a los riesgos propios del tránsito hacia países de destino, tales como las redes de tráfico y trata de personas, y el abuso en las rutas migratorias. Una vez en el país de destino, por su condición de extranjeros, estas personas se ven expuestas a nuevas vulneraciones: condiciones laborales inferiores a las de los nacionales, restricciones en el acceso a derechos sociales, distintos tipos de violencia, discriminación y estigmatización.

Dentro de este grupo poblacional, los NNA son susceptibles de sufrir una mayor vulneración por su edad, grado de madurez y capacidad de recurrir en forma autónoma a las redes de protección de la infancia disponibles en los países de tránsito y destino. La CADH reconoce el derecho a obtener protección especial, señalando que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19). Tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han señalado, en distintas oportunidades, que del análisis de este artículo, junto con el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH)³⁸, “se desprende la obligación para los Estados Miembros de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los derechos de los niños, removiendo para ello todos los obstáculos, y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en el goce de sus derechos”.³⁹

Los NNA en el contexto de la migración tienen necesidades distintas a las de los adultos y, consecuentemente, requieren de una protección especial⁴⁰,

³⁸ A su vez, este deber de protección especial se desprende también del art. 24 del PIDCP y del art. 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

³⁹ CIDH, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas* (2003), párr. 43.

⁴⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 96.

que no puede estar supeditada a su nacionalidad, su estatuto migratorio o el de sus padres (Ceriani, García y Gómez, 2014, p. 18). El Estado, entonces, se encuentra obligado a determinar medidas de protección especiales que den respuesta a las necesidades de protección de los NNA en el contexto de la migración.

En la definición de todas las políticas de protección vinculadas con los NNA migrantes, el interés superior debe ocupar un lugar central. La CDN señala, en su artículo 3, que “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”. La Corte IDH ha señalado que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.⁴¹ Según Cillero (1999, p. 54), el interés superior de los niños es la plena satisfacción de sus derechos, por lo que el contenido de este principio son los derechos propiamente tales, identificándose, de esta manera, intereses y derechos entre sí. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que “... todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto”.⁴²

Respetar el interés superior de los NNA implica que éste sea considerado en forma prioritaria en todos los casos en que una decisión los pudiera afectar, y que necesariamente la consideración del interés superior debe prevalecer por sobre otras consideraciones o intereses.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 56, 57 y 60.

⁴² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*. 5 de julio de 2010, párr. 24.

La Corte IDH ha señalado en su Opinión Consultiva OC 21-14 que “En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta”.⁴³

Esto implicaría, entre otras medidas, promover la regularización migratoria de NNA migrantes y de sus familiares, y de los padres de niños nacidos en el país de destino; diseñar programas de apoyo y protección de NNA que hayan sufrido abuso en sus países de origen, en el tránsito o en destino; evitar las deportaciones o expulsiones de padres cuando éstas afecten el interés superior de los niños bajo su cuidado; asegurar que las opiniones de los niños y las niñas sean debidamente tenidas en cuenta al momento en todos los procedimientos, facilitar la reunificación familiar, garantizar el acceso a los derechos sociales a nivel nacional⁴⁴, entre otros.

3.4 El derecho a la vida familiar

El derecho a la vida familiar es uno de los derechos que encuentran mayor protección y garantías a nivel nacional e internacional⁴⁵. La CADH⁴⁶, la

⁴³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 70

⁴⁴ Para más ejemplos de instancias en las que podría garantizar el interés superior de los NNA, ver Ceriani Cernadas *et al.*, 2014, pp. 15 y 16.

⁴⁵ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y, como tal, el Estado tiene la obligación de protegerla. Así lo establece la Constitución Política de la República en su primer artículo.

⁴⁶ CADH, art. 17.

DUDH⁴⁷, la DADH⁴⁸ el PIDCP⁴⁹, la CTM⁵⁰, entre otros instrumentos internacionales, reconocen que la familia es el elemento básico y fundamental de la sociedad, y como tal, merecedor de la protección del Estado y de la sociedad.

La CDN protege el derecho a la vida familiar a través de distintas disposiciones. El preámbulo señala a la familia como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. Por ese carácter, debe “recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.⁵¹ Dicha Convención reconoce explícitamente el derecho de los NNA a no ser separados de sus padres contra su voluntad, salvo que sea necesario para garantizar su interés superior⁵². En el marco de la CDN, el derecho a la protección de la vida familiar se entiende a la luz de otras disposiciones convencionales como el interés superior del niño, el derecho a ser oído, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de no discriminación, entre otros.

La familia, entendida en un sentido amplio –no reductible al matrimonio heterosexual–, cumple un rol fundamental en el desarrollo de los NNA que se encuentran fuera de su país de origen pues la única contención que reciben los niños migrantes, al menos en una primera etapa, recae en sus familias y son ellas quienes pueden brindarles la mejor protección contra la explotación y el abuso. En palabras de la Corte IDH: “El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”.⁵³ La posibilidad de residir con ella, y de que esta convivencia sea protegida y fortalecida por el Estado, es esencial. En consecuencia, cualquier medida de carácter administrativa o judicial que pudiese tener un impacto en la situación familiar debe ser adoptada teniendo en consideración el interés superior del niño.

⁴⁷ DUDH, art. 16.3.

⁴⁸ DADH, art. VI.

⁴⁹ PIDCP, art. 23.1.

⁵⁰ CTM, art. 44.

⁵¹ CDN, Preámbulo.

⁵² CDN, art. 9.

⁵³ Corte IDH. OC 17. *Ob. Cit.*, párr. 71.

En el contexto de la migración, una de las principales amenazas a este derecho se deriva de la posibilidad de separación entre padres y madres (o cuidadores) e hijos en el marco de los procesos de expulsión por la situación migratoria irregular de los adultos. Esta situación es una de las interferencias más graves en el ejercicio y goce del derecho a la vida familiar⁵⁴. La Corte IDH ha señalado en su Opinión Consultiva más reciente que: “En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos”.⁵⁵ En estos casos, la expulsión del país, y la consecuente ruptura de la unidad familiar, por la situación migratoria de los padres, resulta desproporcionada. La lesión al interés superior del niño –y la manera en que una decisión de este tipo puede afectar el desarrollo armónico del NNA– no guarda relación con el fin perseguido por el Estado al sancionar la irregularidad migratoria con la expulsión. La mayoría de los derechos garantizados por la CDN pueden verse afectados por una decisión de esta índole. Solamente debiese permitirse la ejecución de una medida de tal gravedad cuando existan razones determinantes, en función del interés superior del niño, para optar por separarlo de su familia⁵⁶. En estos casos, los NNA deben poder participar del proceso que se entable en contra de sus padres, ejerciendo su derecho a ser oídos. Solamente garantizando su adecuada participación –a través de metodologías acordes a su grado de maduración– es que se podría determinar su interés superior.

En este sentido, la Corte Suprema de Chile en jurisprudencia reciente⁵⁷, relacionada con personas migrantes, ha señalado en forma consistente en casos en donde pesa una orden de expulsión en contra de un padre o madre

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 72

⁵⁵ Corte IDH, OC 21/14, *Ob. Cit.*, párr. 280.

⁵⁶ Corte IDH, OC 17/02. *Ob. Cit.*, párr. 77.

⁵⁷ Cfr. Fallos Corte Suprema: Rol 8.228-09, 23 de diciembre de 2012, dictado por la Segunda Sala Penal. Rol 9075-2012, 7 de diciembre de 2012, dictado por la Segunda Sala Penal.

de niño o niña nacidos en territorio chileno, que dicha medida “transgrede el interés superior del menor, pues implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.⁵⁸

3.5 El derecho a la nacionalidad y la protección de las personas apátridas

El acceso a una nacionalidad es un derecho fundamental de todo ser humano; es la identificación jurídica de una persona con un Estado determinado. Se trata de un vínculo recíproco, por cuanto importa el sometimiento del nacional al derecho y eventual competencia personal de su Estado, por una parte, y el otorgamiento de la protección de aquél, por la otra (Herdegen, 2005, p. 193).

El derecho a la nacionalidad se encuentra reconocido en los principales instrumentos internacionales⁵⁹, entre ellos, la CDN, que garantiza y protege el derecho de todo niño y niña a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento; el derecho al nombre, a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado/a por ellos⁶⁰. Por su parte, la CTM, en su artículo 29, establece que: “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”. En una formulación superadora de este derecho, la CADH en su artículo 20.2, señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado “si no tiene derecho a otra”.

⁵⁸ Corte Suprema de Chile, Rol 3694-2015, párr. 6°.

⁵⁹ DUDH, art. 15; PIDCP, art. 24; CERD, art. 5; CDN, art. 7; CEDAW, art. 9; CTM, art. 29; CRPD, art. 18. En el sistema interamericano, CADH, art. 20 y DADH, art. XIX.

⁶⁰ CDN, art. 7.1.

A criterio de Hall (1999, p. 11), la CADH “...trasciende los instrumentos internacionales previos que versan sobre la nacionalidad, y consagra un sustantivo y definitivo derecho a la nacionalidad. Lo hace a través de establecer el *ius solis* como el último recurso para una persona que no podría poseer una nacionalidad sobre ninguna otra base. Para el propósito de eliminar totalmente la apatridia, esta es la única forma exacta de proceder [ya que] todos tienen un lugar de nacimiento, pero no padres que posean una nacionalidad”.

El Estado debe fijar los requisitos para la adquisición de la nacionalidad pero esta facultad se encuentra limitada por el derecho internacional de los derechos humanos⁶¹ y, en particular, por la obligación de prevenir la apatridia y el principio de no discriminación.

La Corte IDH ha señalado que “la Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.⁶² A su vez, en referencia al artículo 20.2 citado anteriormente, señala que: “Este precepto debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacido o nacida en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”.⁶³ Esa certeza a la que se refiere la Corte IDH debe ser tanto legal

⁶¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, párr. 32 y 33.

⁶² Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 139.

⁶³ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 259.

como fáctica en el caso concreto, es decir, el Estado en cuyo territorio nació el niño o la niña debe asegurarse que, en caso de no asignarle la nacionalidad por el principio de *ius solis*, ese niño o esa niña efectivamente va a acceder a otra nacionalidad⁶⁴.

La inscripción y el registro de nacimiento, elementos esenciales del derecho a la nacionalidad, son “un presupuesto básico e indispensable para el acceso a otros derechos fundamentales, y pueden representar un factor determinante para la integración social y la regularización migratoria de la familia en el país de destino” (Universidad Nacional de Lanús-UNICEF, 2009, p.114). El desconocimiento de este derecho, así como la privación arbitraria del mismo, importa una vulneración a un derecho humano. Más aún, las personas que no cuentan con una nacionalidad efectiva se ven expuestas a múltiples violaciones de otros derechos fundamentales, comúnmente la educación, la salud, el acceso a la justicia y a tener una vida digna.

La cuestión de la vulneración del derecho a la nacionalidad es especialmente relevante en el caso chileno. En efecto, la Constitución Política de la República de Chile establece, para la adquisición de la nacionalidad, el principio del *ius solis*, señalando, en su artículo 10, que son chilenos “1º.- Todos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y **de los hijos de extranjeros transeúntes [...]**”.⁶⁵ En 1995, el Ministerio del Interior interpretó dicho concepto, señalando que extranjeros transeúntes son aquellos “que se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, **o en forma irregular en el territorio nacional**”.⁶⁶ El Ministerio del Interior consideró que la vocación o el ánimo de permanencia en el país de los padres de esos niños no era relevante y miles de niños nacidos en Chile fueron inscritos como hijos de extranjero transeúnte, privados de su derecho al reconocimiento de la nacionalidad chilena únicamente por la situación migratoria irregular de sus padres.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 261.

⁶⁵ El destacado es nuestro.

⁶⁶ Ministerio del Interior, Oficio N° 6241 de 25 de octubre de 1995.

La vulneración del derecho a la nacionalidad fue observada en forma reiterada por los Comités que supervisan el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos. El Comité CERD ha manifestado su preocupación por esta práctica sistemática⁶⁷ y sugiere al Estado asegurar, en una futura ley de migraciones, que los niños cuyos padres se encontraban en situación migratoria irregular al momento de su nacimiento puedan acceder a la nacionalidad chilena⁶⁸. En este mismo sentido, el Comité CDN, en sus Observaciones Finales del año 2015, recomienda al Estado chileno que “revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres”.⁶⁹ Asimismo, el Comité recomienda al Estado que ratifique la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961). Idénticas sugerencias han realizado los Comités CTM⁷⁰ y CEDAW.⁷¹

Durante varios años, la Corte Suprema sostuvo en diversos fallos que el concepto de extranjero transeúnte debe ser entendido en “su sentido natural y obvio”, según lo dispuesto por el artículo 20 del Código Civil⁷². El Diccionario de la Real Academia atribuye al término “transeúnte” el significado de “el que transita o pasa por algún lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio” (...); en este contexto, se estima indubitadamente transeúntes a los turistas y tripulantes, pero, por el contrario, aquellas personas que demuestran un ánimo de permanencia en el país no pueden ser consideradas como “extranjeros transeúntes”.⁷³ Aplicando este mismo criterio, en el año 2015, en el marco de un reclamo de nacionalidad colectivo presentado por tres organizaciones chilenas, 167

⁶⁷ Comité CERD. Observaciones Finales sobre Chile, párr. 18.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 33 a y b.

⁷⁰ Comité CTM, Observaciones Finales sobre Chile, 2011, párr. 33.

⁷¹ Comité CEDAW, Observaciones Finales sobre Chile, 2012, párr. 27 a y b.

⁷² Código Civil de la República, “Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

⁷³ Corte Suprema, Rol 12.551-2013, 10.897-2013, 9.422-2013, 5.482-2013, 4.108-2013, 300-2013.

NNA, a quienes se les había desconocido dicho derecho al momento de su nacimiento, lograron la rectificación inmediata de sus certificados de nacimiento.

En suma, del análisis de las normas señaladas y de su interpretación por los órganos internacionales se desprende que el Estado no puede condicionar el acceso a la nacionalidad de los niños en función de la situación migratoria de los padres y tiene la obligación de prevenir la apatridia. Asimismo, el derecho a la nacionalidad tampoco puede ser desconocido alegando la posibilidad de obtener la nacionalidad de los padres si, en la práctica –por obstáculos fácticos–, no se puede acceder a dicha nacionalidad. En el escenario de una posible reforma constitucional, el contenido de este derecho debe ser especialmente considerado, de manera tal de asegurar que la adquisición de la nacionalidad chilena sea acorde con los estándares internacionales en la materia, a los que Chile se ha obligado.

4. CONCLUSIONES

Migrar es un derecho humano. Miles de personas salen de sus países a diario e intentan ingresar a otro territorio en el ejercicio de este derecho. Algunas de estas personas escapan de una situación de conflicto armado, de violencia, de pobreza estructural, de un desastre natural o de discriminación. Otras lo hacen buscando la reunificación familiar, para mejorar su situación económica o por otras tantas razones. Los NNA forman parte de este grupo de personas en movimiento; se desplazan solos, junto a sus familias, cuidadores, amigos o vecinos. Todos ellos necesitan de una protección especial por parte de los Estados de los países de origen, tránsito y destino.

El Estado, en el ejercicio de su soberanía, tiene la potestad de fijar su política migratoria pero ésta debe ser acorde a los estándares de derechos humanos y ser respetuosa de la dignidad de las personas. En los párrafos precedentes hemos intentado describir posibles escenarios en los que estas dos dimensiones –la potestad del Estado, por un lado, y los derechos de los NNA en contexto de migración y asilo, por el otro– podrían dialogar.

En las últimas décadas, Chile se ha consolidado como país de destino de migrantes y refugiados, en particular, de personas provenientes de países de la región. En función de los patrones y tendencias migratorias registrados, este proceso involucra la presencia actual y potencial de NNA migrantes e hijos/as de migrantes. La realidad de la niñez y adolescencia en contexto de migración y asilo plantea al Estado chileno desafíos específicos de protección y de inclusión para prevenir y subsanar situaciones de vulneración de derechos básicos que afectan de manera cruzada a esta población. Muchas de esas situaciones se han derivado del carácter restrictivo y carente de un enfoque de derechos propio de la normativa migratoria vigente. Si bien Chile ha firmado la mayor parte de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos y desde distintos sectores gubernamentales se han arbitrado progresivamente medidas tendientes a reducirlas, aún persisten serias formas de vulneración de derechos de los/las NNA vinculados a experiencias migratorias. En este capítulo hemos descrito las más conspicuas y hemos destacado los estándares mínimos de derechos humanos aplicables a los NNA en contexto de migración y asilo. A su vez, hemos insistido en la importancia de que el Estado de Chile contemple la incorporación de dichos estándares tanto en la reformulación de su legislación migratoria como ante la oportunidad de una reforma constitucional. En lo particular, consideramos que las siguientes recomendaciones resultan de importancia al momento de diseñar una reforma constitucional:

1. Incorporar en el texto constitucional el reconocimiento del derecho humano a migrar y el deber de protección especial que le corresponde al Estado con relación a los NNA en el contexto de la movilidad. A su vez, consideramos fundamental la inclusión del principio de no discriminación con una mención explícita a los motivos de nacionalidad y de condición migratoria.
2. El texto constitucional debe garantizar la protección de la vida familiar (de las diferentes formas de construir familia) de todas las personas, incluyendo la de los NNA en el contexto de movilidad, y en este sentido, garantizar que la ruptura familiar por la situación migratoria sea siempre la última alternativa.

3. En materia de adquisición de la nacionalidad, el texto constitucional debiese incorporar los principios de *ius sanguinis*, y de *ius soli* sin limitaciones. En este sentido, todos los niños nacidos en el territorio chileno, incluyendo aquellos niños nacidos mientras sus padres se encuentran en situación migratoria irregular, deberían poder adquirir la nacionalidad chilena en forma automática.
4. Asegurar que los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado chileno gocen de jerarquía suprallegal.
5. Adoptar, en el plazo más breve posible, una nueva legislación migratoria respetuosa de los derechos humanos, asegurando su plena compatibilidad con lo dispuesto en la CDN.
6. Adherir a la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, y a la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, OIM, UNICEF (2012). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos*, disponible en http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/NINOS%20MIGRANTES%20baja.pdf
- Ceriani, P.; García, L. y Gómez, A. (2014). “Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe”. En *REMHU – Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana*, año XXII, n° 42, pp. 9-28.
- Ceriani, P. et al. (2012). “Migraciones y el derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes”. Documento presentado ante el Comité de los Derechos del Niño, pp. 4-5, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2012.htm> (original en inglés).
- Cillero, M. (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En *Justicia y Derechos del Niño* n°9, UNICEF, pp. 125-130.
- Courtis, C. (2010). “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional. Los casos emblemáticos de Argentina, Chile y

- Ecuador: vicisitudes y perspectivas”. En Taller sobre el Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Gestión de la Migración Internacional: Nuevas tendencias, nuevos asuntos, nuevos enfoques de cara al futuro, Santiago de Chile, CELADE-CEPAL, 7 al 9 de septiembre de 2010.
- Departamento de Extranjería y Migración (2016). *Anuario estadístico Migración en Chile 2005-2014*. Disponible en www.extranjeria.gob.cl
- Hall, S. (1999). “The European Convention on Nationality and the right to have rights”, En *European Law Review*, vol. 24, n°6 , pp. 586-602.
- Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: Konrad Adenauer Stiftung - UNAM.
- Martínez, J. y Soffia, M. (2013). “Migración internacional en Chile: tendencias, políticas, normas y participación de la sociedad civil”. En Chiarrello, L. (Ed.) *Las políticas públicas sobre migraciones y la sociedad civil en América Latina. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú*. Nueva York, Scalabrini International Migration Network, pp. 117-242.
- Mezzano, S. (1995). “Políticas de inmigración chilenas desde 1845 a 1992”, *Revista Diplomacia* n°68 pp. 65-78.
- Universidad Nacional de Lanús - UNICEF (2009). *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas inmigrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: UNICEF.

Álvaro Castro Morales

**Dignidad humana y principio de igualdad
como fundamentos de una intervención
penal mínima y diferenciada en el
ámbito de la justicia juvenil: una mirada
a través de la criminología y del derecho
internacional de los derechos de los niños,
niñas y adolescentes**

Dignidad humana y principio de igualdad como fundamentos de una intervención penal mínima y diferenciada en el ámbito de la justicia juvenil: una mirada a través de la criminología y del derecho internacional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

1. INTRODUCCIÓN

En un Estado democrático de derecho la labor legislativa en el ámbito penal está sometida y limitada a principios jurídicos de carácter constitucional. Nadie discute la legitimidad democrática del Estado y su discrecionalidad para decidir importantes aspectos en torno a la persecución penal, sin embargo, esta libertad no es absoluta y se encuentra limitada por determinados principios constitucionales. No se trata de simples orientaciones sino de verdaderos mandatos que vinculan al legislador penal y lo compelen a circunscribir su labor de diseño de política criminal juvenil dentro de determinadas lógicas (Tiedemann, 1991, p.1).

El análisis de cuáles son estos principios y cómo deben influir en las decisiones del legislador penal es un tema relevante que puede servir para orientar las reformas futuras en el campo de la justicia penal juvenil. No debe olvidarse que cada cierto tiempo aparecen en nuestros países intentos de modificación de las legislaciones penales que buscan intensificar las intervenciones de la justicia juvenil a través del aumento de las penas, adicionales formas de control y seguridad en la detención de los jóvenes. Las reformas

^{*} Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile e Investigador del Centro de Estudios de la Justicia de la misma casa de estudios. Doctor en Derecho por la Universidad Ernst-Mortiz-Arndt-Universität Greifswald en Alemania. Quiero agradecer los comentarios realizados por el Prof. Miguel Cillero a una versión preliminar del trabajo.

de justicia juvenil en Holanda en 1995 y en algunos aspectos en Francia en 1996, 2002 y 2007, como también las reformas en Inglaterra y Gales en 1994 y 1998 o el intento de bajar la edad de responsabilidad penal en Uruguay en 2014 podrían ser mencionados en este contexto (Dünkel, Grzywa, Horsfield y Pruin, 2011, pp. 1515-1519).

Una de las maneras de frenar estas reformas es contando con una sólida comprensión de las garantías constitucionales, las cuales, según Snacken (2010, pp. 290-292), funcionan como verdaderos “factores protectores” contra el populismo penal. Una adecuada interpretación de los límites al *ius puniendi* que integre el derecho internacional de los derechos del niño, niña y adolescente resulta clave para mantener al legislador dentro del mandato contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

El presente artículo desarrolla principalmente el rol que tendrían los principios de dignidad humana y de igualdad como límites al *ius puniendi* en el campo de la justicia penal juvenil. Como se explicará, de la dignidad humana y su sub principio de proporcionalidad se desprende para el legislador la obligación de establecer un sistema penal juvenil *menos lesivo* que el de los adultos, y del principio de igualdad se desprende la obligación de establecer un derecho penal *especial* para los adolescentes, donde los procedimientos, las sanciones y la ejecución de las mismas sean distintos a los de los adultos. Se propone el análisis de las garantías y sus consecuencias, integrando los principales aportes de la criminología, el derecho internacional de los derechos humanos y algunos fallos nacionales. Por último, se intentará ilustrar algunos casos o situaciones donde estos principios pueden o se han visto friccionados.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SU INTERPRETACIÓN EN EL *CORPUS IURIS* DEL MENOR

En materia de infancia y adolescencia el alcance y sentido de las garantías constitucionales limitadoras del *ius puniendi* debe ser desprendido recurriendo a un conjunto de normas provenientes de instrumentos internacionales, de fallos y de opiniones consultivas emitidas por organismos

internacionales que están fuera de los márgenes del ordenamiento jurídico nacional. El marco de protección de los derechos del niño y adolescente, bajo esta premisa, no se agota en las disposiciones de rango constitucional sino que incluye para efectos de su interpretación las disposiciones contempladas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, los dos protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio de 1990), las Reglas de la Habana y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices de Riad, de 1990) (Beloff, 2013, p. 450).¹

La construcción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido un proceso complejo, de carácter dinámico y evolutivo, marcado por los avances de las ciencias sociales y el aporte de congresos internacionales. Esta notable evolución, consecuencia de diversos factores científicos y sociales, permitió dar origen a una tradición de los derechos humanos de la infancia y adolescencia recogida por las Naciones Unidas a través de Pactos, Recomendaciones y Tratados. Una verdadera novela legal en serie que, como diría Akhil Reed (2000, p. 30), se forma con un complejo sistema de textos unidos por estructuras e historias. Bajo esta mirada, no resulta extraño el esfuerzo desplegado por la CDN en su Preámbulo al hacer una numerosa referencia a otros instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 y 1959; la Carta de las Naciones Unidas; la Declaración Universal; los Pactos Internacionales (PIDCP y PIDESC); las Reglas de Beijing; la Declaración de 1986 sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños; y la Declaración de 1974 sobre protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.

¹ Complementariamente a este cuerpo normativo, hay que incorporar, en lo que a género se refiere, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención de Belém de Pará y en lo relativo al derecho del niño a la familia, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los derechos y el Convenio de la Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, además de las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en el cumplimiento de su mandato específico.

La interpretación en el ámbito de los derechos de los niños posee una especificidad propia y, por ende, no debe quedar sujeta solo a la Constitución Política de la República (CPR) e incluso solo a la Convención sobre los Derechos del Niño. No debe olvidarse que los conceptos de la CDN y de la CPR están cargados de connotaciones ideológicas, históricas, constataciones con supuestos empíricos, que escapan a los criterios de cualquier comprensión literal de ellas mismas. Por eso parece razonable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su fallo de 2006, consideren que en una materia tan compleja y especializada como la de los derechos de la infancia y adolescencia sea necesario ampliar la interpretación constitucional, recurriendo al set elaborado por el derecho internacional de los derechos humanos que se encuentra integrado por recomendaciones, convenciones, fallos de la Corte, opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) y observaciones del Comité de los Derechos del Niño.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte), a propósito de la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sostenido que el marco jurídico de protección de los derechos de los niños y adolescentes no se agota en las disposiciones del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la CDN, sino que incluyen, para efectos de su interpretación, todos los instrumentos internacionales sobre los derechos del niño (Beloff, 2013, p. 449).

Lamentablemente la idea del *Corpus Iuris* no ha sido seguida con fuerza en nuestra jurisprudencia penal; en los hechos, la discusión se ha centrado más en el carácter vinculatorio que tendrían las recomendaciones que en su rol hermenéutico.² A modo de ejemplo, se puede mencionar el fallo de

.....
² La discusión en torno al valor de las Reglas de Beijing en el derecho penal juvenil chileno nace a propósito de la aplicación de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal, esto es, que el culpable haya sido condenado anteriormente por delito de la misma especie. Para la aplicación de dicha agravante es relevante la pregunta si las anteriores anotaciones del imputado, que acontecieron cuando éste era menor de edad, pueden ser consideradas y valoradas en relación a procesos seguidos contra ese mismo individuo siendo ya adulto. Las Reglas de Beijing se pronuncian sobre el tema y en la Regla 21.2 se establece que: “los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos en los que esté implicado el mismo sujeto”. Para mayor información véase *Maldonado, 2013*, p. 169 y ss.

la Corte Suprema de Chile de 2012 que consideró: “las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores», también conocidas como Reglas de Beijing, no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico chileno como convención o tratado, por lo que aun cuando estén mencionadas en la ley como recomendaciones, no tienen carácter vinculante” (Causa rol 4760-12).

2.1. Dignidad humana y principio de igualdad como fundamento de una intervención penal mínima y diferenciada en el caso de los adolescentes infractores

2.1.1 Dignidad humana como límite general del poder punitivo del Estado

El principio de dignidad humana en el derecho penal es considerado un límite al *ius puniendi* que impone la exclusión no solo de sanciones crueles, inhumanas o degradantes sino también de cualquier forma de ejecución que signifique dolor, impotencia, sufrimiento o frustraciones a las personas condenadas. Esta idea ha sido especialmente recogida por la Corte la cual ha señalado: “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia 20.01.1989, párr. 162).

En nuestra Constitución la dignidad se encuentra reconocida en el artículo 1 y 19 N° 1 inciso 3 y se levanta como el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos y de sus deberes correlativos.³ Sobre la base de la

³ En el mismo sentido el Tribunal Constitucional chileno consideró en su sentencia de 28 de octubre de 2003, rol N°389 que: “...pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital

dignidad son reconocidos los derechos y deberes innatos del hombre sea este adulto, niño o adolescente (Cea, 2004, p. 40).

2.1.2 *Dignidad humana e interés superior del niño como fundamentos de una intervención mínima*

Lo relevante en el caso de los adolescentes consiste en que la dignidad humana debe ser leída en conjunto con el interés superior del niño. Así lo ha determinado la Corte al establecer que este principio –*del interés superior del niño*– se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Furlan y familiares vs. Argentina, 31.08.2012, párr. 126). El carácter de vulnerabilidad de la adolescencia le da un plus a la dignidad humana que obliga al Estado, en términos generales, a adoptar medidas especiales de protección para los niños, niñas y adolescentes y, en términos estrictamente penales, a *disminuir aún más la intensidad* de su intervención punitiva, ya que este se encontraría no solo frente a una persona, sino frente a una persona en desarrollo.⁴ Dicho en otras palabras, “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 65).⁵

Lo anterior trae como consecuencia la necesidad de garantizar en cada medida desplegada por el Estado una *mínima restricción de derechos* (Cillero 2000, 2001, 2006; Couso 2008, 2009; Couso y Duce, 2013). De ahí entonces que el legislador penal deba tomar en consideración las condiciones

de nuestro código supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados...”.

⁴En el mismo sentido la CDN, en su artículo 3, dispone: “1. 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”.

⁵En el mismo sentido, en el caso *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 126.

específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 65).

Con la dignidad humana y su derivación con el interés superior se pretende excluir todas aquellas acciones del Estado que sitúen al niño, niña o adolescente como objeto. En el caso de los adolescentes, la capacidad racional y autonomía, como el reconocimiento de su vulnerabilidad manifestada en la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, los hace titulares de todos los derechos establecidos en el ordenamiento interno y en el derecho internacional de los derechos humanos (Comité de los Derechos del Niño, 2002, párr. 6, 15, 40).

En el ámbito del derecho penal, la dignidad y el interés superior obligan al Estado a replantear el objetivo del derecho penal y darle, como lo exige el art. 40 de la CDN, un mayor énfasis en la reintegración del niño y en la función constructiva que este debe asumir en la sociedad. En la misma línea, la Corte ha indicado que cuando el aparato del Estado tiene que intervenir frente a infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad debe realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, 19.11.1999, párr. 185). A contrario sensu, como destaca la Comisión Interamericana (2011, p. 9), un sistema de justicia juvenil cuya política criminal esté orientada hacia criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en la materia.

2.1.3 Formas en que se vulnera la dignidad humana y el interés superior del niño

Como se mencionó anteriormente, este principio tiene especial relevancia en la fase de determinación legal de las penas y en la fase de ejecución de

las mismas. Referente a la primera, la prohibición de penas inhumanas o degradantes obliga al legislador en materia juvenil a no sancionar delito alguno con una pena privativa de libertad de carácter perpetuo. Como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte, en pos de la dignidad humana y el interés superior del niño no pueden permitirse penas que destruyan el proyecto de vida de un adolescente y la cadena perpetua sin posibilidad alguna de reinserción social es una de ellas (Mendoza vs. Argentina, 14.05.2013, párr. 172).

Unido al principio de humanidad e interés superior se encuentra el principio de proporcionalidad de las penas, el cual exige que la sanción de un niño infractor debe estar en relación con la conducta y la lesividad de la infracción respecto de los bienes jurídicos protegidos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 96).

Este principio tiene un expreso reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, la regla 5.1 de las Reglas de Beijing establece que: "... el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito".⁶

En el mismo sentido, tanto la Corte en *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* como el Comité se han referido a este principio y particularmente este último ha expresado que: "...la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención" (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 71).⁷

⁶ En el mismo sentido, el artículo 40.4 de la CDN.

⁷ En el mismo sentido, Reglas de Tokio, regla 2.6.

Un caso problemático que vulnera el principio de proporcionalidad se da en la fase de determinación legal del marco penal. En este estadio resulta clave que el legislador logre balancear en abstracto la gravedad de la conducta con la intensidad de la pena y contemple dentro del marco penal un espacio de juego suficiente para que el juez pueda adecuar la pena al caso concreto. Esto no ocurre, por ejemplo, en el art. 23 N°1 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente donde el legislador no le entregó al juez el espacio suficiente, obligándolo, en casos de delitos con pena de crimen, a aplicar la pena de régimen cerrado. Lamentablemente el Tribunal Constitucional chileno conoció este asunto y, con una errada interpretación, consideró constitucional la disposición.⁸ Este fallo es un error ya que la proporcionalidad exigiría en materia de adolescentes otorgar al juez, incluso en los delitos más graves, la alternativa de aplicar sanciones de menor intensidad como, por ejemplo, el régimen semi-cerrado;⁹ única forma de garantizar el bienestar de estos y asegurar que cualquier respuesta a los adolescentes infractores será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

La argumentación del Tribunal, contenida en su fallo de 13 de junio de 2007, se desarrolla dentro de la sección relativa a las vulneraciones de las ideas matrices o fundamentales del proyecto. En lo central se sostiene por el Juzgador, siguiendo ya una jurisprudencia asentada por él mismo, que las ideas matrices o fundamentales son aquellas contenidas en el mensaje o moción pertinentes.¹⁰ Luego, considera que del análisis del Mensaje remitido por S.E. la Presidenta de la República al Senado, la indicación parlamentaria impugnada es plenamente congruente con las ideas matrices del proyecto contenido en el Mensaje de 7 de mayo de 2007, que se engloban bajo los conceptos responsabilización y reinserción social del adolescente.¹¹

⁸ El 2 de junio de 2007 se publicó la Ley N°20.191, que en su artículo único introdujo una serie de modificaciones a la Ley N°20.084. Esta situación produjo la presentación de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, que fue suscrito por 33 Diputados que impugnaban el nuevo texto del numeral N°1 del artículo 23. El día 13 de junio de 2007 el Tribunal Constitucional, en el rol N°786-2007, rechazó en todas sus partes el requerimiento de inconstitucionalidad formulado.

⁹ En el mismo sentido, *Cillero Bruñol* en informe jurídico presentado ante el Tribunal Constitucional a propósito del caso antes mencionado.

¹⁰ Véase considerando Decimoséptimo del fallo de 13 de junio de 2007, Rol N°786-2007.

¹¹ Véase considerando Vigésimosegundo y Vigésimocuarto del fallo de 13 de junio de 2007, Rol N°786-2007.

En lo particular, se reconoce por parte del Tribunal la necesidad de proporcionalidad, la cual es entendida en el fallo como el necesario equilibrio que debe buscar el juez entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas del adolescente.¹² También se reconoce que los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena otorgada al delito sino que además deben asegurar al juez que la impone un rol activo e integral para que en el caso concreto pueda asegurar el necesario equilibrio antes mencionado.¹³ Lo interesante radica, siguiendo la lógica del Tribunal, que la importancia de la flexibilidad –o proporcionalidad– tendría todo el sentido en la criminalidad leve pero no en la criminalidad grave. En esta dimensión, en la que caben los delitos de crímenes, el rol activo e integral del juez debería limitarse y circunscribirse solo para efectos de considerar la flexibilización de la pena en la esfera de la ejecución de la sanción privativa de libertad. ¿Por qué debe restringirse en las penas superiores a cinco años la libertad que se le entrega al juez para buscar el equilibrio entre la pena y el hecho cometido? Es una cuestión no respondida por el Tribunal y que –como se explicó– vulnera el principio de proporcionalidad en la forma desarrollada por el derecho internacional de los derechos de la infancia y adolescencia.

La proporcionalidad también juega un rol relevante en materia de sanciones ambulatorias. Las Reglas de Tokio establecen salvaguardias legales que deben aplicarse al seleccionar e implementar medidas no privativas de la libertad para los jóvenes infractores responsables de infringir las leyes penales. Así, en dichas reglas se establece que las medidas alternativas deben ser proporcionales a la gravedad del delito, los antecedentes del delincuente y reflejar los principios establecidos para la imposición de sentencias (Reglas de Tokio, sección 3).

En el ámbito de la ejecución de sanciones penales también existe la prohibición de la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁴ Como se ha

¹² Véase considerando Vigésimosegundo y Vigésimotercero del fallo de 13 de junio de 2007, Rol N°786-2007.

¹³ Véase considerando Vigésimotercero, del fallo de 13 de junio de 2007, Rol N°786-2007.

¹⁴ En el mismo sentido, el artículo 5.2 de la Convención Americana dispone que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de

denunciado en variados informes de derechos humanos¹⁵ esta prohibición está lejos de cumplirse en la práctica nacional, y a la displicencia histórica de las autoridades responsables en el tema se suma la tibia respuesta de los tribunales, a los cuales, por imperfecciones de la propia ley y aspectos de la cultura jurídica, les ha costado asumir la labor de control de derechos en esta etapa del proceso. Así, por ejemplo, puede destacarse en materia penal juvenil los recursos de amparo presentados después del incendio de Puerto Montt en octubre de 2007,¹⁶ donde se aducía, entre otros: vulneración de derechos, falta de separación entre adultos y adolescentes, existencia de largas horas de encierro, utilización de celdas solitarias de castigo e inexistencia de programas de educación. En resumen, se puede destacar la línea argumentativa desarrollada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la cual sigue la postura dada por las otras Cortes donde se presentaron recursos: “ha de concluirse que escapa a las facultades conservadoras de que se encuentra revestida esta Corte, adoptar las medidas conducentes a garantizar la superación de las deficiencias detectadas que dicen relación con actuaciones propias de las autoridades administrativas dentro del presupuesto de la Nación” (Cillero y Espejo, 2008, p. 5).

Con este estándar no solo se deja una peligrosa brecha de desprotección sino que se acepta que los adolescentes privados de libertad se encuentran en las manos del Estado y, como verdaderos súbditos, deben aguantar cualquier trato que este les otorgue, no importando si es inhumano, degradante o humillante; estándar que se aleja completamente del discurso que en esta materia ha desarrollado la doctrina de la ejecución de sanciones penales moderna, la cual paso a resumir en los siguientes párrafos.

libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En ese tenor, el artículo 37a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados velarán por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

¹⁵ A modo de ejemplo, los Informes Anuales de Derechos Humanos 2006, 2007, 2008 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

¹⁶ Después del incendio en el Centro de Puerto Montt, conocido como “Tiempo de crecer”, donde murieron 10 jóvenes, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presentó seis acciones judiciales de carácter constitucional para amparar los derechos de los adolescentes ubicados en distintos centro de seis regiones del país.

El carácter de sujeto en desarrollo y de privado de libertad le otorga al adolescente preso la condición de sujeto doblemente vulnerable (Castro, Cillero y Mera, 2010, pp. 234-235). Como explica Goffman (2009, pp. 36-37), someter a una persona a una internación total con regulación pormenorizada de la vida cotidiana, alejamiento del entorno natural, limitación del espacio vital y pérdida de la intimidad genera una situación de estrés, y una sensación permanente de desprotección y de pérdida de identidad que, en el caso de los adolescentes, pueden ser aún mayor (Ostendorf y Bochmann, 2012, pp. 519-520); daños que incluso podrían verse intensificados si a dichas condiciones añadimos otros elementos como el hacinamiento y la violencia (Liebling y Maruna, 2013, pp.169-170).

Es por este motivo que en el derecho internacional de los derechos humanos (art. 37 c de la CDN; Regla 3.10 de las Reglas de Tokio; Regla 26.2 de las Reglas de Beijing) se pone un énfasis especial en la etapa de ejecución de sanciones penales privativas de libertad. Sin ir más lejos, la Corte ha señalado que al momento de aplicar estas medidas es preciso considerar siempre el interés superior del niño, lo cual implica reconocer que este es sujeto de derechos. Lo anterior supone la necesidad de reconocer para los niños privados de libertad medidas especiales que implican mayores derechos que los que se reconocen a todas las otras personas en esta situación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 22).

No debemos olvidar que la Corte ha reiterado que, frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre los privados de libertad que se encuentran sujetos a su custodia (Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. 8.07.2004, párr. 98).¹⁷ Esta función estatal de garantía adquiere particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Según la Corte, esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante, adoptando con mayor celo todos los

¹⁷ En el mismo sentido, *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 111; y *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138.

cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, las personas menores de edad (Bulacio vs. Argentina. Fondo, 18.09.2003, párr. 126).

En materia de ejecución de sanciones penales juveniles privativas de libertad, la dignidad humana y el interés superior se encuentran estrechamente vinculados con cuatro sub principios: *adecuación, disminución de daños, rehabilitación y protección reforzada de los derechos de los privados de libertad.*

El primer sub principio alude a la necesidad de que el centro donde se ejecuta la sanción privativa de libertad mantenga lo máximo que se pueda las condiciones del medio abierto. Esto significa conservar en términos razonables la vigencia de todos los otros derechos que no se vinculan con la libertad de desplazamiento (Regla 13 de las Reglas de La Habana); relajar las medidas de seguridad; y vincular las actividades del recinto con la comunidad y la familia de los adolescentes, con la consecuente flexibilidad en materia de visitas¹⁸ y salidas del centro (Castro, 2016, pp. 226-227).

El segundo sub principio dice relación con la obligación del Estado de desplegar una serie de mecanismos que minimicen los riesgos o peligros que se ciernen sobre los centros privativos de libertad como, por ejemplo, subcultura carcelaria, violencia, enfermedades, incendios, etc. En palabras de la Comisión: “la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de-socializadores de la privación de libertad. A estos efectos, resulta indispensable que las medidas sancionatorias eviten en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, como la educación y la salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 120).¹⁹

¹⁸ La Comisión observa que el contacto con su familia, amigos y comunidad es especialmente relevante al momento de garantizar la integración social de los niños que han sido privados de su libertad, por lo que en la ejecución de las medidas privativas de libertad se debe respetar su derecho a permanecer en contacto con su familia, comunidad y amigos. Véase CIDH. Informe No. 38/96, Caso 10.506, Admisibilidad y Fondo, X y Y, Argentina, 15 de octubre de 1996.

¹⁹ Véase también Reglas de La Habana, reglas 12 y 87.

El tercer sub principio dice relación con la reintegración social. El eje central del sistema penal juvenil es la educación y socialización del adolescente, y la etapa de ejecución no debe ser la excepción. En la lógica del sistema de ejecución se excluyen las consideraciones preventivas generales y la seguridad ciudadana se levanta como una tarea del sistema que debe siempre estar subordinada al fin de la sanción, que es la reinserción social del adolescente. El objeto de la ejecución de la pena consiste en estimular la capacidad del condenado a llevar en el futuro una vida responsable sin delito. La organización de un centro debe estructurarse y ejecutarse en pos de dicho fin, lo que implica que la institución a cargo de la ejecución de la sanción no puede tener fines diferentes a los perseguidos por el sistema penal juvenil y debe dirigir su accionar a la consecución o materialización de los fines de la ejecución (Castro, 2016, p. 233).

Para lograr lo anterior es indispensable, como lo ha destacado la Comisión, que los Estados eviten en sus legislaciones limitar innecesariamente los derechos de los niños cuando se encuentran privados de libertad y garanticen una adecuada implementación de dicha normativa, estableciendo programas efectivos que aseguren razonablemente a los niños ejercer sus derechos mientras se encuentran sometidos a una sanción privativa de libertad. Para ello, los Estados deben asegurar los recursos necesarios para que esos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva y la falta de los mismos no justifica la violación de los derechos humanos en el marco de la justicia juvenil (Comisión Interamericana, 2011, p. 100).

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en base a la dignidad humana y en el marco de un Estado Social, reafirma el rol de la resocialización en el caso de los adolescentes y señala el deber del Estado de establecer programas de reinserción efectivos. También obliga a los distintos Estados Federales a instaurar legislaciones de ejecución de sanciones juveniles y a establecer dentro de ellas limitadas restricciones a los derechos de los jóvenes condenados. En otros fallos ha determinado, en materia de espacios, el estándar de 8 m² por privado de libertad y la necesidad de que en el interior de las celdas, el baño cuente con una puerta; cuestiones básicas que, de no cumplirse, atentan contra la dignidad humana y la privacidad (Castro, 2016, p. 186; Müller-Dietz, 2011, p. 130).

El cuarto sub principio dice relación con la protección reforzada de los derechos de los privados de libertad. El reforzamiento radica en la doble vulnerabilidad antes mencionada y en la necesidad de que en el ámbito de ejecución se puedan desplegar controles por distintas instancias: judiciales, administrativas y comunitarias.

Bajo esta lógica, la protección de derechos exige un tribunal que pueda pronunciarse sobre decisiones arbitrarias y omisiones de la autoridad encargada de la ejecución; la existencia de procedimientos administrativos dirigidos a la solución alternativa de conflictos dentro del centro; y visitas periódicas de la comunidad a los centros de reclusión. Todas estas son dimensiones que en Chile se encuentran en un temprano o incipiente desarrollo, dejando en evidencia la fragilidad en que se encuentra la protección de derechos de los privados de libertad.²⁰ No se debe olvidar que en nuestro país se ha generado un consenso en cuanto a que se debe realizar una reforma que contemple en términos generales una ley de ejecución en adultos y adolescentes y, en materia de control, un tribunal de ejecución. De no hacerlo, se continuará en una situación de flagrante transgresión de los estándares internacionales sobre derechos humanos de los reclusos, que exigen la existencia de una ley en este ámbito del sistema de justicia criminal y de mecanismos de protección de derechos integrales (judiciales, administrativos, comunitarios) para la tutela de los derechos de los privados de libertad.

²⁰ Como es sabido, la reforma procesal penal solo contempló al órgano que debería realizar este control, pero no señaló las materias que deberían ser objeto de su conocimiento y menos el procedimiento a través del cual se puede gatillar la intervención judicial. Este vacío ha generado, en la práctica, la necesidad de buscar alternativas legales para proteger los derechos de los privados de libertad. En este sentido, el mecanismo que mayor utilización ha tenido para estos efectos es el constitucional, me refiero a las acciones de amparo y protección. Si bien el diseño legal permitiría utilizar otras vías de protección, incluso ante el mismo Juez de Garantía, como la audiencia de cautela de garantía o incluso el amparo contemplado en el Código Procesal Penal, en la *praxis* se ha impuesto el ejercicio de las acciones constitucionales como las más utilizadas para proteger los derechos de los presos.

2.2 Principio de igualdad como fundamento de una intervención penal especial en el campo de los adolescentes

El principio de igualdad se encuentra regulado en el artículo 19 N°2 de la CPR y el artículo 2 de la CDN. Con dicha regulación se aceptan las diferencias que el legislador realice, siempre y cuando estas no sean arbitrarias, injustas, ausentes de racionalidad, desmesuradas o motivadas por capricho (Tribunal Constitucional chileno, Sentencia de 5 de abril de 1988, rol 53). Se trata de admitir el trato desigual para lograr lo que Radbruch (1965, p. 42) denominó *la médula de la justicia*.

En el mismo sentido, la Corte ha indicado que “existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse legítimamente en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 46). Estas distinciones, continúa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011, p. 30), podrían constituir acciones afirmativas que pretendan alcanzar una igualdad sustancial a través de un trato diferenciado, por ejemplo, a grupos históricamente desfavorecidos.

El principio de igualdad aplicado al ámbito penal implica discutir si las diferencias entre los adolescentes y adultos, tanto en lo que respecta a su desarrollo, sus necesidades emocionales y educativas, como en los fundamentos criminológicos de la conducta juvenil, son suficientes para fundamentar un sistema de justicia penal juvenil separado de los adultos.

No cabe duda que los conocimientos criminológicos desarrollados desde los años 60 en adelante, en torno al carácter ubicuo de la criminalidad juvenil y episódico de los delitos cometidos por los adolescentes, hacen más que razonable establecer un sistema de justicia penal propio para los adolescentes (Cillero, 2004; Hernández-Basualto, 2007; Couso, 2008; Maldonado, 2013; Chan, 2013). Así las cosas, “en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio... Por el contrario, sirve al

propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 55).

La investigación de campo que haría razonable el trato “desigual” para los adolescentes en materia penal se basa en la siguiente evidencia (Kaiser, 1996, pp. 565-570; Dünkel, 2001, pp. 123-124; Meier, Rössner y Schöch, 2013, pp. 49-50):

- La investigación empírica demuestra que los delitos de poca gravedad contra la propiedad o el patrimonio que se producen en la edad juvenil son fenómenos normales.
- Los estudios relativos a la evolución de la criminalidad juvenil a lo largo de la vida han demostrado con claridad que, incluso en los casos de los delincuentes juveniles múltiples, la conducta punible sigue siendo más bien un episodio que desaparece con el paso de la edad adulta. Al mismo tiempo, este carácter episódico de criminalidad de poca monta y escasa peligrosidad social autoriza la aplicación del principio de diversificación, esto es, evitar o minimizar la reacción estatal y ampliar las estrategias preventivas en los campos de la asistencia social, de política social, de la regulación del mercado de trabajo, de las ofertas de tiempo libre y de la política municipal general.
- La ventaja, en términos de prevención, que presenta la diversificación en comparación con la condena formal se debe a que la diversificación como instancia sancionadora logra ejercer sobre el destinatario de la norma una mayor presión por cuanto le hace ver que la sociedad alberga sobre él una fuerte esperanza de que en el futuro desarrollará una buena conducta. El infractor de la norma se ve comprometido y deudor de un crédito social que le concede la comunidad que solo podrá ser pagado en la medida que guarde una especial fidelidad con la norma.
- Otra ventaja que presenta la diversificación en comparación con la condena formal se basa en los resultados levantados por la teoría criminológica del *labeling approach* que alude al negativo efecto que produce en el adolescente la imposición de etiquetas o estigmas mediante la condena formal.

- También existe el convencimiento basado en resultados empíricos de que la criminalidad juvenil está fuertemente caracterizada por problemas que se plantean en la organización del tiempo libre, y por ello la mejora cuantitativa y cualitativa de la estructura de ofertas en ese campo puede fomentar la reintegración y tener, en general, una función de prevención de la criminalidad mucho más efectiva que las respuestas clásicas en torno al delito, como el aumento de sanciones. Como explica Dünkel (2001, pp. 123-124), las mejoras de las condiciones de vida y de oportunidades son el *leitmotiv* criminológicamente fundado de las teorías socio-criminológicas que suponen la existencia de una relación entre los déficits sociales que afectan a los delincuentes juveniles y la comisión de actos delictivos.

Todos estos resultados, perfectamente fundamentados por la criminología, han fomentado, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo de un sistema de reacción en el campo del derecho penal juvenil diferenciado y limitado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 113).

Sin ir más lejos, el Comité, interpretando el artículo 40 de la CDN, desprende que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 36-37). En el mismo sentido, la directriz 56 de las Directrices del Riad establece que: “A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.

En concordancia con lo explicado, el Comité y la Comisión han considerado que la protección del interés superior del niño significa, entre otras cuestiones, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social de la niña,

niño o adolescente, a través de la remisión de casos u otras formas de justicia restitutiva, como recurriendo lo menos posible a procedimientos judiciales así como a medidas cautelares o sanciones privativas de la libertad (Comité de los Derechos del Niño, 2009, párr. 59).

Bajo esta lógica, el legislador cumplirá con el mandato de igualdad al establecer medidas especiales de desjudicialización,²¹ sanciones²² y un proceso penal lo suficientemente flexible²³ que permita responder a las necesidades del adolescente y la sociedad de forma adecuada.²⁴

²¹ Las alternativas de desjudicialización aplicadas en los distintos Estados de Europa como de América varían y no siempre se aplican de la misma forma; básicamente, es posible encontrar los mecanismos de desjudicialización sin intervención judicial y con intervención judicial. Los primeros tienen lugar en la fase inicial del proceso, en el primer contacto del adolescente con el sistema penal, en donde se puede aplicar la remisión, el criterio de oportunidad reglado, la desestimación y el archivo fiscal. En esta dimensión, la policía y el Ministerio Público tienen un papel protagónico como órganos encargados de aplicar los mecanismos. Los mecanismos de desjudicialización con intervención judicial, como se desprende de la clasificación, se sitúan en la fase jurisdiccional y han sido entendidos por la doctrina procesal como formas anticipadas de terminación del proceso, que apuntan a la reducción de las sentencias condenatorias cuya sanción es la pena privativa de libertad. En este nivel el juez, junto con los otros actores del proceso, desempeña un rol clave en la aplicación de los siguientes mecanismos: la conciliación, la reparación del daño y la suspensión del proceso a prueba. Véase *Dünkel, Grzywa, Horsfield, Pruin (2011)*, pp. 1623 y ss.

²² De la información disponible en los estudios realizados en Europa y América se observa que en los dos continentes se aplican las medidas sustitutivas a la privación de la libertad, aunque la intensidad y la forma en que se aplican varían sustancialmente entre los distintos Estados. La Comisión advierte que en América, las alternativas a la prisión que con más frecuencia se aplican, son: a) los programas de libertad vigilada, b) las advertencias y amonestaciones, c) las reglas de conducta, d) los programas comunitarios, e) los programas individualizados de remisión, y f) las sanciones que implican una justicia restitutiva (Véase *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2011, pp. 85 y ss.). En Europa se establecen catálogos amplios que van de una menor restricción a sanciones que implican mayor restricción de derechos. Se empieza por las advertencias que se encuentran reguladas, entre otros países, en Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Rusia y España. Luego, en intensidad, vienen la mediación y la reparación. Posteriormente el servicio comunitario y finalmente las sanciones privativas de libertad. También se contemplan las obligaciones especiales sujetas a supervisión, como la obligación de asistencia a cursos, que se materializa en términos muy similares a la “libertad vigilada”. Véase *Dünkel et al. (2011)*, pp. 1623 y ss.

²³ Como explica *Duce* la flexibilidad se puede lograr a través de tres estrategias: 1) simplificación procesal que elimina o concentra las etapas de los adultos para hacer todo más rápido y flexible, 2) establecimiento de plazos más breves, 3) rediseño de los mecanismos de impugnación de decisiones para lograr decisiones más rápidas. Véase *Couso y Duce (2013)*, pp. 284 y ss.

²⁴ A propósito del caso chileno, resulta ilustrativo el fallo de la Corte Suprema, rol 4760-12, que sostiene que: “la ley N°20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos

2.2.1 Algunas situaciones en que se vulnera el principio de igualdad

a. Establecer una edad mínima inferior a los 14 años para que los adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil

El derecho internacional de los derechos humanos no ha fijado una edad mínima para ser responsabilizado por infringir leyes penales bajo el sistema penal juvenil. Lo que sí hay es la estimación en torno a que no debe fijarse en una edad *demasiado temprana*. El párrafo 3 del artículo 40 de la CDN dispone que los Estados deben promover el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la edad mínima no deba fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de los niños.

Lo mismo pasa en Europa donde no hay ninguna indicación de una armonización de la edad de la responsabilidad criminal. En efecto, las reglas europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas tampoco recomiendan ninguna edad en particular, especificando solo que alguna edad se debería especificar según la ley y que –siguiendo las Reglas de Beijing: “no debe ser demasiado baja” (artículo 4).

Esta amplitud ha sido determinante, sin lugar a dudas, para que en la práctica latinoamericana y europea se establezcan diferentes criterios. Por ejemplo, en Europa se podría afirmar que la edad más común de responsabilidad son los 14 años, pero igual se puede observar una variedad de criterios, donde el mínimo de responsabilidad criminal varía entre los 10 años (Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Suiza), 12 (Holanda, Escocia y

preveía un castigo de prisión disminuido... Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es –brevemente– sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos...”

Turquía), 13 (Francia), 14 (Austria, Alemania, Italia, España y numerosos países de Europa Central y del Oeste), 15 (Grecia y países Escandinavos) y 18 años (Bélgica) (Dünkel et al., 2011, pp. 1513-1518).

En Latinoamérica también hay una gran disparidad en la edad mínima para infringir leyes penales, por ejemplo, se pueden encontrar Estados que consideren responsables por infringir las leyes penales a niños incluso menores de 12 años. Por ejemplo, en Granada, Trinidad y Tobago y en algunos estados de Estados Unidos, los niños de 7 años pueden infringir las leyes penales. En Antigua y Barbuda, San Kitts y Nevis, y San Vicente y Las Granadinas, dicha imputabilidad inicia a los 8 años. En Bahamas, Guyana y Surinam se imputa a niños a partir de los 10 años por infringir las leyes penales, mientras que en Barbados la edad mínima es de 11 años (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p.12).

Frente a esta variedad de criterios resulta interesante la recomendación que para el efecto realizó el Comité a los Estados de fijar la edad mínima de responsabilidad penal entre los 14 y los 16 años de edad, instando a no reducir dicha edad mínima. También el Comité ha establecido que no es aceptable internacionalmente que niños menores de 12 años sean responsabilizados ante la justicia juvenil por infringir las leyes penales, aún menos ante la justicia penal ordinaria (Comité de los Derechos del Niño, 2007, pp. 32-33). Este criterio propuesto por el Comité resulta del todo razonable y se encuentra en correcta conexión con las investigaciones realizadas desde la psicología del desarrollo, las cuales indican que es desde los 14 años cuando se empieza a desarrollar un dominio básico de las normas sociales y de la capacidad de poder hacer coincidir la propia conducta con lo establecido en dichas normas (Meier et al., 2011, p. 5).

Esto nos obliga a reconocer que dentro de la adolescencia existiría un grupo aún más vulnerable (los menores de 14 años) y fundadas razones para separarlos del grupo de mayores de 14 años. No debe olvidarse que, de acuerdo a la evidencia de campo, estos niños no son motivables por las normas penales –se estaría reprochando a sujetos que no estarían preparados para entender el contenido normativo y menos motivarse conforme a ella. Por otro lado, hasta esa edad el Estado tiene, como explica Bustos, un deber

especial de formación respecto del menor y éste a su vez se encuentra en un periodo que resulta básico o elemental para su formación sociopolítica (Bustos, 2004, p. 592). De esta forma, toda reforma tendiente a disminuir la edad mínima, incluso en los casos de mayor gravedad, debería ser rechazada en consideración de la dignidad humana y principio de igualdad de los niños que se encuentran bajo los 14 años.

b. Trasladar a menores de edad a la justicia penal de los adultos

Este problema se vincula con la edad máxima para que los adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil. El término “niño, niña y adolescente” está en el uso de varios instrumentos universales, europeos y americanos, y se refiere a personas menores de 18 años. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño usa el término, “niño” para referirse a cualquiera menor de 18 años de edad. La Corte, en su Opinión Consultiva 17, precisó que “tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 24).

El problema se genera cuando los Estados desean disminuir el ámbito de aplicación del derecho penal juvenil, trasladando a menores de edad a la justicia de adultos o, bien, determinando un grupo de delitos que de ser cometidos por adolescentes activan el traslado a la justicia de adultos. Esta tendencia de juzgar a los adolescentes en cortes de adultos ha sido desarrollada en Estados Unidos y en la gran mayoría de los Estados del Caribe. También ha sido utilizada con limitaciones en algunos países europeos, por ejemplo en Escocia y Portugal, donde los infractores juveniles desde la edad de 16 años pueden ser ingresados como criminales adultos en el sistema de justicia criminal con indiferencia del delito cometido; y Bélgica, Holanda, Inglaterra y Gales, donde los jóvenes infractores pueden ser transferidos a las cortes de adultos por determinados delitos “graves” (los llamados *waiwers*) (Dünkel et al., 2011, p. 1557).

La aplicación de los *waiwers* o transferencias debe ser criticada. La normal aplicación de la ley juvenil depende de la edad del ofensor y no del tipo o

gravedad del delito cometido. La idea fundamental de una reacción diferente en torno a los delitos cometidos por los jóvenes se basa en la edad, su nivel de madurez o en su capacidad de discernimiento (elementos que hacen a este grupo vulnerable). Además, es difícil suponer que el mismo adolescente se consideraría como “falto de madurez” cuando fuera acusado de un delito “normal” pero “totalmente responsable” o “suficientemente maduro” de un delito grave (Gensing, 2014, p. 388; Dünkel y Castro, 2015).

Países con transferencias o *waivers* argumentan que este sistema está justificado en virtud del efecto preventivo general (*Deterrent Effect*) de las sanciones más graves que se aplican a los jóvenes infractores. Además, consideran el *wavier* como una “válvula de seguridad” porque la ley no provee respuestas adecuadas para los casos más graves. Sin embargo, estas justificaciones son cuestionables dado que las investigaciones criminológicas no han encontrado evidencia de efectos positivos en dichos sistemas. En los hechos, las investigaciones han sugerido que la transferencia de los jóvenes infractores a las cortes de adultos, además de infringir el principio de igualdad y el sub principio de proporcionalidad, tiene efectos negativos en la prevención del delito, incluyendo un aumento de la reincidencia (Dünkel et al., 2011, p. 1558).

El argumento de la “válvula de seguridad” también podría cuestionarse dado que ni la propia ley penal de adultos provee adecuadas opciones o reacciones para la criminalidad grave y sus efectos. La ineficacia en la prevención de los delitos futuros es clara en los adultos, en particular con la clásica reacción que el sistema de justicia criminal prevé para los delitos graves, esto es, sentencias privativas de libertad de larga duración. Por otro lado, la evidencia empírica demuestra que una mínima intervención en el sistema de justicia juvenil es más efectiva en la prevención de delitos futuros que una intervención activa y punitiva (Gensing, 2014, p. 397; Kaiser, 1996).

Aun cuando las leyes de transferencia tienen poca incidencia en la práctica de la mayor parte de los países en que se aplica,²⁵ debemos ser claros y

²⁵ En la práctica, el sistema de transferencia en Europa tiene una moderada significancia. En *Holanda* el número de transferidos a las cortes de adultos se ha ido reduciendo considerablemente: En 1995, un 16% de los infractores de todos los casos conocidos por la corte criminal de adultos

explicar que estos son defectos sistémicos que minan la dignidad y principio de igualdad sobre los cuales se levantan las normas especiales para los infractores juveniles. Por este motivo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas recomienda abolir todas las provisiones que permiten que infractores menores de 18 años se traten como adultos, a fin de conseguir la realización plena y no discriminatoria de las reglas especiales de la justicia de menores (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 34-38).

c. Jóvenes adultos y su necesaria inclusión en el derecho penal juvenil

Este problema también se vincula con la edad máxima para que los adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil. Como es conocido, el derecho internacional ha establecido claramente que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años de edad cumplidos; incluso la Comisión ha considerado que toda persona debe estar sometida a un régimen especial de justicia penal cuando del acervo probatorio en un determinado caso se desprenda que ésta no había alcanzado los 18 años de edad al momento de la presunta infracción de la ley penal (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 36-37).

Una serie de estudios realizados desde la sociología, psicología y la neurociencia indican que los jóvenes entre 18 y 25 años están más cerca del mundo de los adolescentes que del de los adultos. La prolongación de la formación laboral, la demora en el ingreso al mercado del trabajo, la prolongada espera en formar una familia y la madurez cerebral cercana a los 25 años hacen necesario discutir la incorporación de este grupo dentro del derecho penal juvenil (Dünkel y Geng, 2013, p. 561).

Es por esta razón que en Europa una serie de Recomendaciones están invitando a los Estados a reformar sus leyes penales juveniles, ya sea para incor-

correspondían a adolescentes y solo un 1,2% en 2004. En *Bélgica* el uso de la transferencia es muy limitado, un 3% de todos los juzgamientos. En *Irlanda*, las cortes criminales de adultos son competentes en menos del 5% de todos los casos contra adolescentes infractores. En *Polonia*, desde 1999 a 2004 el número de casos transferidos al Ministerio Público aumentó de 242 a 309, lo cual es 0,2-0,3% de todos los casos conocidos por la Corte de Adultos. Véase *Dünkel et. al*, 2010, p. 1813.

porar completamente dentro de la justicia penal juvenil a los jóvenes adultos, o para aplicar algunas de las sanciones juveniles previstas por la ley. En este sentido, el Consejo de Europa ha reforzado la necesidad de prolongar la fase de transición de los jóvenes adultos en las “New ways of dealing with juvenile offenders and the role of juvenile justice” de 2003 (Rec. (2003)20) y “European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions Measures” (ERJOSSM) de 2008 (Rec. (2008) 11). Por ejemplo, en la Regla 11 de las Recomendaciones (2003) se lee lo que sigue: “En consideración a la extendida transición hacia la adultez, debería ser posible para los jóvenes adultos bajo la edad de 21 años, que fueran tratados como adolescentes, si los jueces consideran que no son lo suficientemente maduros y responsables por sus acciones como los adultos”.

3. CONCLUSIÓN

Una correcta comprensión de los límites al *ius puniendi* resulta clave para orientar las reformas futuras en el campo de la justicia penal juvenil. No debe olvidarse que cada cierto tiempo aparecen en nuestros países intentos de modificación de las legislaciones penales que buscan intensificar las intervenciones de la justicia juvenil. Una de las maneras de frenar estas reformas es contando con una sólida comprensión de las garantías constitucionales, las cuales, según Snacken, funcionan como verdaderos “factores protectores” contra el populismo penal.

De la dignidad humana y su sub principio de proporcionalidad se desprende para el legislador la obligación de establecer un sistema penal juvenil *menos lesivo* que el de los adultos, y del principio de igualdad, la obligación de establecer un derecho penal *especial* para los adolescentes, donde los procedimientos, las sanciones y la ejecución de las mismas sean distintos a los de los adultos.

En materia juvenil, la dignidad humana prohíbe al legislador sancionar delitos con una pena privativa de libertad de carácter perpetuo. El principio de proporcionalidad, por su parte, exige al legislador, en la etapa de determinación legal de la pena, balancear en abstracto la gravedad de la conducta con

la intensidad de la pena y contemplar dentro del marco penal un espacio de juego suficiente para que el juez pueda adecuar la pena al caso concreto. En pos de la proporcionalidad resultaría necesario, incluso en los delitos más graves, contemplar la aplicación de sanciones de menor intensidad que la pena privativa de libertad.

La proporcionalidad también juega un rol relevante en materia de sanciones ambulatorias. Las Reglas de Tokio establecen salvaguardias legales que deben aplicarse al seleccionar e implementar medidas no privativas de la libertad para los jóvenes infractores responsables de infringir las leyes penales.

En el ámbito de la ejecución de sanciones penales, la dignidad humana y el interés superior del niño se encuentran estrechamente vinculados con cuatro sub principios que deben guiar esta etapa del proceso: *adecuación, disminución de daños, rehabilitación y protección reforzada de los derechos de los privados de libertad.*

En pos del mandato de igualdad, se hace necesario establecer medidas especiales de desjudicialización, sanciones y un proceso penal lo suficientemente flexible que permita responder a las necesidades del adolescente y la sociedad de forma adecuada. Por otro lado, atendiendo al mismo principio no sería admisible:

- a. El establecimiento de una edad inferior a los 14 años para que los adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil;
- b. El traslado de menores de edad a la justicia penal de los adultos o el traslado de menores de edad por la comisión de determinados delitos a la justicia penal de adultos.

Por último, el principio de igualdad nos obligaría a abrir una nueva categoría etaria, la de los “jóvenes adultos”; y discutir, como ya lo hizo Holanda, Austria y Alemania, su inclusión en el derecho penal juvenil.

En torno a las propuestas concretas que podrían ofrecerse para una futura Constitución se encuentran las relativas a otorgarle a las niñas, los niños

y adolescentes que ingresan al sistema de justicia criminal una protección reforzada, que se inserte dentro del capítulo general destinado a las garantías del debido proceso, bajo el siguiente esquema:

Artículo XX. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes que ingresan al sistema de justicia criminal.

Los niños, las niñas y los adolescentes que ingresan al sistema de justicia tienen derecho a gozar de una calidad de vida digna, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Asimismo:

1. Las sanciones o medidas que se podrán imponer a los niños, niñas y adolescentes infractores de ley, así como la manera de aplicarlas, se establecerán mediante disposiciones legales distintas de las de los adultos y se basarán en los principios de integración social, educación y prevención de la reincidencia.
2. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso consagradas en esta Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales, en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.
3. Todo niño, niña o adolescente que se encuentre ejecutando una sanción penal, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado y cuidados especiales en salud, educación; además de orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención. Igualmente tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.
4. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.
5. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Beloff, M. (2013). Comentario artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Konrad Adenauer Stiftung, pp.445-469.
- Bustos, J. (2004). “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal de menores”. *Obras completas, Tomo II, Control Social y otros estudios* (pp. 585-594). Ara Editores.
- Castro, A.; Cillero, M.; Mera, J. (2010). *Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Castro, A. (2016). *Jugendstrafvollzug und Jugendstrafrecht in Chile, Peru und Bolivien unter besonderer Berücksichtigung von nationalen und internationalen Kontrollmechanismen*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Cea, J.L. (2004). *Derecho Constitucional chileno, tomo II*. Ediciones Universidad Católica.
- Cillero, M. (1998). “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional de los derechos del niño”. En García-Mendez, E., Beloff, M. (Editores): *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Tomis.
- Cillero, M. (2000). “Adolescentes y Sistema Penal: Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño* N°2 (pp. 101-138). Buenos Aires: UNICEF.
- Cillero, M. (2001). “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”. *Justicia y Derechos del Niño* N°3 (pp. 65-75). Buenos Aires: UNICEF.
- Cillero, M. (2003). “De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes”. *Revista de Derechos del Niño* (pp. 53-86). Santiago: UNICEF-UDP.
- Cillero, M. (2006). “Ley Nr. 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente”. *Anuario de derechos humanos* (pp. 189-195). Santiago: Universidad de Chile.
- Cillero, M. y Espejo, N., (2008). “Derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile: En busca de la tutela judicial efectiva”. *Revista General de Derecho* 9, Valdivia.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999). Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Justicia Juvenil y Derechos Humanos*. CIDH-OEA. In: www.cidh.org.
- Comité de los Derechos del Niño (2002). *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina, CRC/C/15/Add. 187*, 9 de octubre de 2002.
- Comité de los Derechos del Niño (2007). *Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10*, 25 de abril de 2007.
- Comité de los Derechos del Niño (2009). *Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12*, 20 de julio de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.
- Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N° 4760-12
- Couso, J. (2007). “Principio educativo y (re) socialización en el derecho penal juvenil”. *Justicia y Derechos del Niño N° 9* (pp. 219-231). Santiago: UNICEF.
- Couso, J. (2008). “Notas para un estudio sobre la especialidad en el derecho penal y procesal penal de adolescentes. El caso de la ley chilena”. *Justicia y Derechos del Niño N° 10* (pp. 97-112). Bogotá: UNICEF.
- Couso, J. (2009). *La política criminal de adolescentes en la ley n° 20.084. Estudios y reflexiones sobre derecho penal juvenil*. Documento de Trabajo N° 12, Unidad de Defensa Penal Juvenil. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Couso, J. y Duce, M. (2013). *Juzgamiento Penal Adolescente*. Santiago: LOM.
- Chan, G. (2013). “Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes”. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil IV, N° 13* (pp. 25-60). Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Dünkel, F. (2001). *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial.

- Dünkel, F. (2011). “Die Europäischen Grundsätze für die von Sanktionen oder Maßnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen”. *European rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures*, ERJOSSM. In: ZJJ 2. S. 140-153.
- Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (Hrsg.) (2011). *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Dünkel, F., Geng, B. (2013). “Neue entwicklungsbezogene Erkenntnisse des Jugendalters. Argumente für ein Jungtäterrecht?” In: Boers, K., Feltes, T., Kinzig, J., Sherman, L. W., Streng, F., Trüg, G. (Hrsg.): *Kriminologie – Kriminalpolitik – Strafrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 562-575.
- Dünkel, F. y Castro, Á. (2015). “Sistemas de Justicia Juvenil y Política Criminal en Europa”. *Derecho Penal y Constitución* (pp. 421-452). Costa Rica.
- Gensing, A., (2014). *Jugendgerichtsbarkeit und Jugendstrafverfahren im europäischen Vergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Goffman, E. (2009). *Internados*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Hernández-Basualto, H. (2007). “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”. *Revista de Derecho* (pp. 195-217). Valdivia.
- Jaurisch, S., Lösel F. (2012). *Psychosoziale Gefährdung und Frühprävention, en Psychische und soziale Gefährdung von Kinder und Jugendlichen-Hintergründe und Prävention*, DVJJ.
- Kaiser, G. (1996). *Kriminologie*, C.F. Müller Grosses Lehrbuch.
- Liebling, A. y Maruna, Sch. (2013). “Los efectos del encarcelamiento reexaminados”. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil IV, N° 13* (pp. 139-168). Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Maldonado, F. (2013). “Reincidencia y responsabilidad penal adolescente”. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil IV, N° 13* (pp. 169-212). Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Medina, C. (1996). “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 6*, serie publicaciones especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago: Universidad Diego Portales.

- Meier, B., Rössner, D., Schöch H. (2013). *Jugendstrafrecht*. München: C.H. Beck.
- Michael, L., Morlok, M. (2014). *Grundrechte*, Nomos Lehrbuch.
- Müller-Dietz, H. (2011). “Grundgesetz und Strafvollzug. Menschenbild des Grundgesetzes und Umgang mit Straftätern”. In: *Forum Strafvollzug*. Heft 3. Mai/Juni 2011.
- Ostendorf, H. (2012). *Jugendstrafrecht*. Nomos.
- Ostendorf, H., Boschman, Ch., (2012). *Unmittelbarer Zwang*, en *Jugendstrafvollzug*, Ostendorf Hrsg. Nomos.
- Radbruch, G. (1965). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Reed Amar, A. (2000). “The Document and Doctrine”. *Harvard Law Review*, vol. 114, number 1.
- Snacken, S. (2010). “Resisting punitiveness in Europe?” *Theoretical Criminology* 14: 273-292.
- Tiedemann, Kl. (1991). Constitución y Derecho Penal, traducción de Luis Arroyo Zapatero, en *Separata N°33 de la Revista Española de Derecho Constitucional*.
- Tiffer-Sotomayor, C. (2000). *Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Tribunal Constitucional chileno (1988), Sentencia Rol N° 53.
- Tribunal Constitucional chileno (2003), Sentencia Rol N° 389.
- Tribunal Constitucional chileno (2007), Sentencia Rol N° 786.

