

**RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

*Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la
Cámara de Diputados. Martes 15 de mayo de 2018*

JAIME BASSA MERCADO

*Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso
Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona*

VALPARAÍSO, 2018

TABLA DE CONTENIDOS

Presentación general	4
Capítulo 1.	6
Niños, niñas y adolescentes en democracia: ¿por qué participar?	6
1. Introducción	6
2. Participación política: el derecho de los derechos	6
2.1 La legitimidad del ordenamiento jurídico	6
2.2 Igualdad política, derechos y participación	8
Capítulo 2.	13
El derecho a participar de NNA: estándares	13
1. Titularidad de derechos	13
1.1. Derecho internacional	14
1.2 Derecho constitucional	17
1.3 Política	19
1.4 Estándares	20
Consideraciones finales del capítulo	24
Capítulo 3.	25
Modelos de reconocimiento constitucional de derechos de NNA	25
1. Introducción	25
2. El estándar de protección constitucional	28
2.1 Igualdad de derechos de NNA en el ámbito de la familia	28
2.2 Derechos de NNA consagrados mediante obligaciones constitucionales de padres, madres, tutores o, genéricamente, de la familia	29
2.3 Reconocimiento explícito de NNA como titulares de derechos	31
3. Derechos constitucionales de NNA	32
3.1 Derecho al desarrollo personal integral, óptimo o normal	32
3.2 Prohibición de la explotación infantil en todas sus formas	33
3.3 Protección contra la violencia, el maltrato y el abuso, físico o	

psicológico	34
3.4 Derecho a una filiación determinada	35
3.5 Igualdad entre hijos/hijas: deber de padres/madres y prohibición de discriminaciones arbitrarias	36
3.6 Derecho a vivir en el seno de una familia y a recibir su protección	37
3.7 Derecho a participar en el desarrollo de la sociedad y a ser escuchados	38
Consideraciones finales del capítulo	39
Referencias bibliográficas	42

Presentación general

En las páginas que siguen, se ofrecen razones para reforzar la necesidad de avanzar en el reconocimiento constitucional de los derechos de NNA y de su adopción por la política constitucional. Para ello, (1) se principia exponiendo las razones que una teoría democrática respetuosa de la igual dignidad de todas las personas ofrece para incorporar a NNA como actores políticos relevantes de una comunidad. Enseguida, (2) se recurre a los estándares del derecho internacional a partir de que se construye el derecho a participación política de NNA; en especial, se enfatiza su titularidad de derechos, cómo el marco normativo internacional ha entendido esa titularidad y, finalmente, cómo nuestro propio esquema constitucional aporta a su protección. Por la especial relevancia que las constituciones poseen en la configuración de los agentes políticos relevantes de una comunidad, se procede luego a (3) examinar los diferentes tipos y niveles de reconocimientos constitucionales de derechos de NNA. Como se advertirá, Chile está preocupantemente al debe en esta materia.

Asimismo, se han seguido las siguientes definiciones metodológicas. Hemos asumido la condición de NNA como titulares plenos de derechos fundamentales, específicamente de derechos políticos. Las reglas constitucionales vigentes en Chile determinan las condiciones normativas para el ejercicio del derecho a sufragio –que supone solo una parte de los derechos fundamentales de participación política–, en ningún caso condicionan la titularidad de los mismos. Esta consideración es fundamental para orientar dogmáticamente la presente investigación, pues nos permite distinguir dos tipos de funciones que cumplen las normas jurídicas respecto de los derechos de las personas: cómo se establece su titularidad y cómo se regulan las condiciones para su ejercicio. Es decir, las reglas constitucionales vigentes establecen reglas especiales para el ejercicio de uno de los derechos políticos, el derecho a sufragio, pero en ningún caso desconoce la condición de NNA de titulares de derechos.

La ciudadanía en sentido jurídico-formal se construye desde las reglas constitucionales actualmente vigentes, que establecen los requisitos para la titularidad y el ejercicio de los derechos políticos vinculados al sufragio. Dichas reglas, que no solo

suponen criterios de inclusión a la comunidad política sino también de exclusión de la misma, parecieran reflejar un sentir común respecto de la madurez cívica necesaria para sufragar. Sin embargo, es claro que el ejercicio de los derechos políticos desborda el derecho a sufragio, de la misma forma en que es claro que dicho ejercicio comienza mucho antes de la mayoría de edad. Esta constatación permite relativizar que el criterio de pertenencia a la comunidad política se agote en reglas formales, como las que contempla la constitución vigente.

El presente documento forma parte de un trabajo mayor realizado junto al profesor Domingo Lovera Parmo, de la Universidad Diego Portales, en el marco la consultoría técnica del Proyecto N° 92.285, Programa de Desarrollo Humano – Consejo Nacional de la Infancia, ejecutado durante 2016, y responde al desafío de transformar las relaciones institucionales entre el Estado y la infancia, con pleno reconocimiento a sus derechos y efectiva garantía para su ejercicio y adecuada protección. Parte de esta tarea se ha manifestado en proyectos legislativos que abordan importantes materias vinculadas a la infancia, tales como una nueva institucionalidad, una ley de garantías derechos de la niñez y la adolescencia o un código de la niñez y la adolescencia, que sistematice la normativa nacional.

Este trabajo se enmarca dentro de ese contexto institucional, en la dimensión específica de la participación incidente de niñas, niños y adolescentes en políticas públicas y el reconocimiento constitucional de sus derechos.

Capítulo 1.

Niños, niñas y adolescentes en democracia: ¿por qué participar?

1. Introducción

La ciudadanía en sentido jurídico-formal se construye desde las reglas constitucionales actualmente vigentes, que establecen los requisitos para la titularidad y el ejercicio de los derechos políticos vinculados al sufragio. Dichas reglas, que no solo suponen criterios de inclusión a la comunidad política sino también de exclusión de la misma, parecieran reflejar un sentir común respecto de la madurez cívica necesaria para sufragar. Sin embargo, es claro que el ejercicio de los derechos políticos desborda el derecho a sufragio, de la misma forma en que es claro que dicho ejercicio comienza mucho antes de la mayoría de edad. Esta constatación permite relativizar que el criterio de pertenencia a la comunidad política se agote en reglas formales, como las que contempla la constitución vigente.

2. Participación política: el derecho de los derechos

2.1 La legitimidad del ordenamiento jurídico

El paradigma actualmente vigente en sociedades como la chilena, tanto respecto del sistema político como del ordenamiento jurídico, se estructura sobre la base de ciertos principios e ideales normativos que se han construido, progresivamente, desde finales del siglo XVIII, presentando una intensidad mayor a lo largo del siglo XX. Principios tales como el democrático y de la soberanía popular vienen a determinar no solo un marco teórico para la comprensión y fundamentos del derecho y del sistema político, sino también ciertas condiciones materiales de participación política, a partir de las cuales se legitiman ambos en una sociedad. Así, ambos principios permiten configurar ciertas condiciones a partir de las cuales el ordenamiento jurídico, es decir, las normas jurídicas vigentes que resultan de un proceso deliberativo, podrá ser concebido como legítimo por sus destinatarios.

Dicha legitimidad del ordenamiento jurídico –del derecho, en definitiva–, depende de las condiciones de participación de los destinatarios de estas normas en los procesos que las crean. Así, existe una suerte de criterio que permite configurar un parámetro de legitimidad para las instituciones públicas y para sus decisiones normativas: el poder político originario y legítimo emana del pueblo, en tanto sujeto político organizado que persigue el interés general. En este sentido, *pueblo* es entendido como un concepto jurídico-político: una comunidad política que, en un momento determinado histórica y espacialmente, se organiza para darse ciertas instituciones. A través de estas, busca gobernarse para satisfacer ciertas necesidades y perseguir fines y objetivos que apuntan tanto al interés general de la comunidad, como a los intereses particulares que la componen.

De esta manera, el ejercicio del poder político podrá ser entendido como legítimo en la medida en que toda decisión tomada con ocasión de su ejercicio pueda ser reconducida, en última instancia, a una decisión del pueblo. Más específicamente, una norma jurídica podrá ser calificada de legítima en la medida que provenga, en última instancia, de una decisión del titular originario del poder político. Así, por ejemplo, una ley será legítima en la medida que obedezca a una decisión *i.* tomada en un congreso representativo elegido democráticamente por el pueblo y *ii.* libre de manipulaciones provenientes de intereses facciosos.

Desde esta perspectiva, según la voluntad que en definitiva se expresa en un ordenamiento jurídico, y considerando la relación entre este y el que su destinatario sea el titular legítimo del poder político originario, la conducta de un pueblo que se sujeta a una norma jurídica podrá explicarse desde la autonomía, o bien, desde la heteronomía. La autonomía puede entenderse como la capacidad para darse reglas a sí mismo y de seguirlas, sin intervención o condicionamientos externos. Así, un ordenamiento jurídico o una Constitución podrán ser concebidos como el resultado de decisiones autónomas en la medida que pueda afirmarse que el pueblo, en tanto sujeto político destinatario de esas normas, se las ha dado a sí mismo. Por el contrario, el pueblo que vive conforme a reglas que le han sido impuestas, debiendo soportarlas contra su voluntad, vive en condiciones de heteronomía, comprometiendo su libertad moral al someterse a una voluntad ajena o externa.

Como veremos a continuación, NNA forman parte de la comunidad política, del

pueblo destinatario y legitimador del ordenamiento jurídico. En gran medida, sus conductas son heterónomas, puesto que no han concurrido con su voluntad en su establecimiento, cuestión que pone en tensión la garantía de la igualdad política y puede mellar la legitimidad del ordenamiento jurídico.

2.2 Igualdad política, derechos y participación

La igualdad política es una de las garantías consustanciales a la vigencia del principio democrático. Allí donde exista un sistema democrático como forma de gobierno, constataremos el igual derecho de todas las personas a participar de los procesos de formación de la voluntad general y de la propia formación de un gobierno (según las reglas formales vigentes). En efecto, la igualdad política deriva de aquella igualdad en tanto valor normativo que se predica de toda persona, sin consideración a su edad, sexo, condición, etc., tanto respecto de la dignidad común que nos une en tanto miembros de una misma especie, como respecto de la igual titularidad de los derechos cuyo ejercicio se garantiza, también, universalmente.

Esta garantía de universalidad de los derechos humanos, en virtud de la cual basta con ser persona para que se reconozca su titularidad, supone reconocer que la regla general respecto de cualquiera de ellos, es que toda persona pueda reclamar dicha titularidad y, en definitiva, ejercer dichos derechos. Ello deriva de la igual dignidad de las personas, presupuesto material desde el cual se ha construido todo el sistema de protección de derechos de las personas. Establecer excepciones a dicha titularidad universal exige una justificación razonable y suficiente, mediante argumentos compatibles con la garantía de la igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria.

En el plano político, dicha igualdad supone la garantía de que todos los integrantes de la sociedad podrán participar de las decisiones colectivas a las cuales quedarán vinculados, a través de los diversos mecanismos de participación que contemplan los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Para ello, las constituciones consagran derechos que, en parte, también permiten garantizar el ejercicio de otros, o bien, se combinan para hacer efectivo el derecho a la participación en un sentido amplio. En efecto, es a través de la participación política —a la cual tienen derecho todos los integrantes de una

comunidad política en un sistema democrático— que las personas podemos tener algún grado de incidencia en la configuración de nuestras propias condiciones de vida, que en gran medida dependen de decisiones políticas tomadas por nuestros representantes. El ordenamiento jurídico debe propender a que las posibilidades de incidir en los asuntos públicos sea distribuido de manera suficientemente igualitaria entre los integrantes de la comunidad política.

Dada la vigencia del principio democrático esta garantía de igualdad política se verifica, principalmente, en la titularidad universal y ejercicio del derecho a sufragio. Configurado constitucionalmente como una de las principales reglas de inclusión/exclusión de la ciudadanía en un sentido jurídico-formal, el voto es una de las principales manifestaciones institucionales del ejercicio de los derechos políticos en una sociedad democrática. Repartido igualitariamente entre los ciudadanos y las ciudadanas, el derecho a sufragio exterioriza la legítima aspiración del sistema político de garantizarles un grado razonablemente igualitario de influencia en las decisiones públicas, en tanto destinatarios de las mismas.¹ Es a través de este tipo de instituciones que se resuelve la tensión conceptual entre autonomía y heteronomía del ordenamiento jurídico, así como su propia legitimidad, razón por la cual se implementan mecanismos destinados a disminuir aquellos factores, externos a la representación, que puedan distorsionar el igualitario ejercicio de los derechos políticos.

La sobre representación de determinados grupos de la sociedad, ya sea que se configuren a partir de criterios económicos, sociales, políticos o geográficos, altera tanto la libre manifestación de la voluntad política del pueblo en tanto titular originario del poder político, como la garantía de una igual participación en los procesos de formación de la propia opinión pública y de las condiciones de posibilidad para el ejercicio de los derechos fundamentales (Estévez, 1994). El riesgo, que afecta la legitimidad del derecho, es la pérdida de la razón pública tras toda decisión política y su sustitución por razones facciosas, particulares. Respecto de los grupos infra representados, las decisiones públicas pierden en autonomía y ganan en heteronomía, cuestión particularmente sensible respecto de grupos *a priori* excluidos, al menos formalmente, de estos procesos, como es el caso de NNA. Para

¹ ACCATINO (2013).

ellos, el riesgo de que el ordenamiento jurídico sea percibido como una decisión de terceros, impuesta sin el concurso de su voluntad, debe ser seriamente considerado.

Ahora bien, es importante considerar ciertos matices en la configuración de la ciudadanía y, especialmente, en la comprensión de los derechos políticos cuyo ejercicio realiza la garantía de igualdad política en un sistema democrático.

Es importante señalar que los derechos que permiten la realización el principio democrático no se agotan en el derecho a sufragar. El contenido del principio democrático se extiende al reconocimiento de distintos derechos a la participación del individuo, los que se verifican en una serie de espacios sociales y colectivos constitutivos de la vida moderna en comunidad, así como a la garantía de su pleno ejercicio. Así, desde una dimensión conceptual, dentro de los derechos de participación política, junto al derecho al voto (activo y pasivo) se encuentran los derechos de asociación, reunión en espacios públicos o privados, participación, petición y la libertad de expresión, por mencionar los más importantes. Todos ellos configuran mecanismos formales necesarios para el ejercicio de los derechos políticos –típicamente, el derecho a sufragio–, con instancias desformalizadas de participación, los que vienen a desbordar una concepción estrictamente formal de la ciudadanía. Así, las personas no se incorporan en la plena ciudadanía solo con la mayoría de edad, sino de manera progresiva. De hecho, comienzan a ejercer sus derechos políticos anticipadamente, a través de estas vías desformalizadas.

Como consecuencia de este ejercicio progresivo de los derechos de participación política, incluso previo a la mayoría de edad, es posible comprender que la ciudadanía, en tanto pertenencia a una comunidad política, no se determina sólo por el ejercicio del derecho a sufragar. Esta comprensión es coherente con el reconocimiento del principio de autonomía progresiva de NNA. Los complejos procesos de formación de su subjetividad comprenden no sólo su dimensión psicológica, sino también su condición de titulares de derechos políticos. Esta concepción material de la ciudadanía permite reconocer que NNA se incorporan progresivamente a la comunidad política y no solo al adquirir el derecho a sufragar con la mayoría de edad. La ciudadanía no es una identidad política homogénea, pues la evidencia demuestra que su contenido se ejerce parceladamente en la

sociedad.²

Por otro lado, la protección del derecho de participación política posibilita la adecuada satisfacción de los derechos de participación económica, social y cultural. En efecto, las condiciones normativas y materiales de ejercicio de estos derechos se configuran desde los espacios públicos e institucionales de deliberación democrática, donde el ejercicio de los derechos de participación política es fundamental. Esas condiciones no son fijadas verticalmente por la autoridad, sino que son construidas en procesos deliberativos en los cuales participan –por sí o por medio de sus representantes– quienes integran la comunidad política. La participación política en estos procesos permitirá determinar cuán legítimo sea el ordenamiento jurídico que surge de dichas decisiones.

Finalmente, es necesario revisar qué supone esta suerte de capacidad jurídica del individuo para participar en la gestión y definición de los asuntos de interés público o general. Desde una perspectiva estrictamente formal, este derecho de participación política se identifica con el ejercicio del derecho a sufragio, el que ha devenido en una suerte de criterio de reconocimiento de la condición de integrantes de una comunidad política, compuesta por personas libres e iguales. Sin embargo, si consideramos que el ejercicio de los derechos políticos desborda el del sufragio, los criterios de pertenencia a la comunidad política no podrían reducirse a la posibilidad de votar o no.

Las reglas sobre capacidad electoral no describen una realidad previa al derecho. La capacidad de los sujetos para votar no se mide según su formación, alfabetización o inteligencia; esta solo se presume, para luego aplicar un criterio formal de asignación, como es la mayoría de edad. Desde esta perspectiva, las decisiones normativas configuran un determinado tipo de relaciones de poder político entre sujetos que, para estos efectos, son clasificados entre hábiles e inhábiles. En virtud de dichas relaciones, las decisiones políticas que los hábiles toman en los espacios formales o institucionales de configuración de la voluntad general –por ejemplo, en las elecciones–, son impuestas sobre el total de la comunidad política, incluidos inhábiles como NNA. Respecto de ellos, dichas decisiones son heterónomas en tanto impuestas verticalmente por un tercero, afectando gravemente tanto su autonomía moral que en tanto personas les es reconocida como base

² MARSHALL (2012), p. 138.

del ordenamiento jurídico, como la garantía universal de la igualdad política y de los derechos que derivan de ella.

Afirmamos, al iniciar este capítulo, que el principio democrático justifica la regla general en materia de ejercicio de derechos políticos: el sufragio universal. Sin perjuicio que su contenido dependerá del concepto de inclusión democrática y, en última instancia, del propio concepto de democracia, si asumimos la perspectiva de una democracia inclusiva, el peso argumentativo recaerá sobre las excepciones al sufragio universal. Es decir, dado que la regla general es el sufragio universal, establecer una excepción debe estar debidamente fundado. Así, la implementación y justificación de reglas que exceptúen el ejercicio de ciertos derechos políticos de titularidad universal, debe mantener la coherencia entre el principio declarado como regla general, los bienes que declara proteger y la medida de excepción implementada.

Por lo demás, es necesario relevar que las actuales reglas que regulan el derecho a sufragio, basados en la capacidad electoral de las personas asociadas a la mayoría de edad, responden a bases teóricas que están siendo revisadas en el derecho comparado. Rebajar la edad para sufragar es una medida que ya ha sido implementada en otras latitudes³, e incluso discutida en nuestro país⁴. En cualquier caso, se trata de reglas actualmente contempladas en la Constitución vigente, en virtud de las cuales es posible excluir a un grupo importante de personas de los procesos electorales.

³ Las constituciones de Brasil (art. 14) y Ecuador (art. 62 N° 2) establecen el voto facultativo para menores de 18 y mayores de 16, mientras que la constitución de Cuba (art. 132) garantiza el derecho a sufragar desde los 16 años de edad.

⁴ Solo a modo ilustrativo, valga citar el Boletín 8680-07, proyecto de reforma constitucional que se encuentra en primer trámite legislativo en el Senado, sin urgencia, que propone rebajar la edad para ser ciudadano y otorga el derecho de sufragio en elecciones municipales a quienes hayan cumplido 14 años de edad. A esta iniciativa es necesario agregar el Boletín 5419-07, proyecto con igual intención presentado en la Cámara de Diputados, hoy archivado.

Capítulo 2.

El derecho a participar de NNA: estándares

El derecho a participación política de NNA se debe analizar desde una doble perspectiva. En primer término, se presentan las razones tanto constitucionales como políticas que justifican la titularidad de derechos de participación política de NNA. En segundo lugar, se ofrecen los estándares que, dicha participación, debe satisfacer.

1. Titularidad de derechos

Existe un relativo acuerdo con respecto al lugar que NNA han venido a ocupar hoy en nuestras sociedades. En efecto, NNA pasaron de ser considerados objetos de trabajo – fuerza laboral, en el mejor de los casos – a objetos de protección. Esa protección, sin embargo, les fue dispensada sin su intervención. NNA seguían siendo concebidos como individuos a quienes correspondía afecto, cariño y amor. Hoy, en cambio, y especialmente desde la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), NNA son sujetos de derechos.⁵ En su contexto, NNA dejan de ser objetos de política cuya protección se les brinda desde la adultez y sin su intervención, para, en cambio de lo anterior, convertirse en sujetos de derecho con una voz protegida a la hora de adoptarse cualquier medida que les concierna.⁶

Esta evolución en cuanto a su lugar en la sociedad, como podrá adivinarse, trajo de la mano algunas variaciones en la forma de concebir su ciudadanía. En el primer tránsito desde la fuerza laboral a la protección y caridad – brindada especialmente a través del sistema educacional – NNA no podía ser concebidos ciudadanos. Hoy, en cambio, y anotando la segunda transición desde la protección a la titularidad de derechos, es posible pensar en formas de ciudadanía que no se alojan en la edad,⁷ sino que en el ejercicio de

⁵ LOVERA (2009a).

⁶ FREEMAN (2006), p. 258

⁷ O que no se alojan exclusivamente en ella. Hay una forma de ciudadanía legal, que habilita, por caso, a presentar candidaturas y a sufragar, justamente a partir de la ‘mayoría de edad’.

derechos y en el interés en participar.⁸ Dicho de otro modo, y lo que afirmamos, acá, la ciudadanía – credencial crucial para intervenir en la definición constitucional de un Estado – deja de estar atada exclusivamente a la edad, para, en cambio, extenderse a formas de participación política, formas de participación a cuya base – esto es lo crucial – existen derechos que aseguran y protegen esas intervenciones.⁹

1.1. Derecho internacional

En términos generales, el derecho internacional presenta una serie de disposiciones en que se reconoce el derecho a participar.¹⁰ Prácticamente todas las referencias al derecho a la participación en el derecho internacional de los derechos humanos comienzan con referencia al Art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹¹, donde se dispone el derecho de “toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos” (Art. 21.1). Junto con ser evidente que en la DUDH las formas de participación política no se reducen, únicamente, a la representación, agrega que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público” (Art. 21.3 DUDH).¹²

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, dispone, en su Art. 25, que todos los ciudadanos gozarán sin discriminación del derecho a “[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.¹³ El Art. 2º de la Carta Democrática Interamericana¹⁴, por su parte

⁸ La ciudadanía que MARSHALL (2012), pp. 139-40 denomina ‘ciudadanía democrática’.

⁹ LOVERA (2016).

¹⁰ Las reflexiones que siguen, se efectúan en el entendido que “las normas convencionales interamericanas que se refieren a la democracia, la consideran como una *obligación jurídica internacional*, por lo que su violación puede ser sancionada”. VIO (2010), p. 344.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

¹² Llama la atención que, pese a lo señalado en el Art. 21.1, el Art. 21.3 insista en que “la voluntad del pueblo se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente ...”. José Manuel Díaz de Valdés sugiere – opinión que compartimos – que ello no quiere decir que la única forma de operativizar el derecho a participación sea a través de elecciones públicas y periódicas, debiendo dotarse a los diferentes preceptos de significados normativos distintos y reclamando la cláusula general (del Art. 21.1 DUDH) de “otras medidas adicionales” al voto. DÍAZ DE VALDÉS (2010), p. 95-6.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976, artículo 25.

¹⁴ La Carta opera como fuente auxiliar, esto es, como resolución interpretativa de la Carta de la OEA que le sirve de base. Mientras esta última es obligatoria para los Estados, la primera no lo es—aunque sí para los órganos de la OEA. Eduardo Vio, “La Carta Democrática”, p. 344.

señala que, si bien “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,” ésta “se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía.”¹⁵ En otras palabras, no basta solo con la representación, sino que ella debe ir acompañada de participación “de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad”, lo que para la Carta es, también, “una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia.”¹⁶ De ahí que la promoción y fomento de las “diversas formas de participación fortalece la democracia”.¹⁷

José Manuel Díaz de Valdés ha sugerido conceptualizar el cúmulo de normas internacionales sobre participación política en dos derechos genéricos interconectados; primero, el “derecho a enterarse de lo que sucede” y, segundo, el “derecho a influir en el proceso político”.¹⁸ Respecto al primero, se sugiere el deber de transparencia del Estado, unido al derecho de acceso a la información¹⁹. Debe agregarse que éste primer derecho genérico debe entenderse como una obligación que recae sobre el Estado, antes que como un deber ciudadano a intervenir únicamente cuando estén informados. En cuanto al segundo derecho, que surgiría del cúmulo de disposiciones internacionales, el “derecho a influir en el proceso político”, comprende la oportunidad de participar en la decisión de políticas, así como en la posibilidad de hacer responsables a los encargados de su aplicación.²⁰ No obstante la centralidad del sufragio, debe advertirse que no es la única forma de participación.²¹

En lo que respecta a la CDN, debe advertirse que se reconocen una serie de derechos que configuran lo que Roche ha venido en llamar la ‘ciudadanía social de NNA’.²² Se trata de derechos, como el propio derecho a participar que la CDN contempla en su Art.

¹⁵ Carta Democrática Interamericana, 11 septiembre de 2001 (disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm) (visitada 12 de junio de 2011).

¹⁶ Carta Democrática Interamericana, Art. 6°.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ DÍAZ DE VALDÉS (2010).

¹⁹ *Id.* pp. 113-4.

²⁰ DÍAZ DE VALDÉS (2010), pp. 114-8.

²¹ En la literatura especializada, además, debe advertirse que la falta de sufragio es, precisamente, una razón que debe llevar a los estados a asegurar otras instancias de participación. UNICEF (2007), p. 162.

²² ROCHE (2005), p. 49

12 o la libertad de expresión reconocida en el Art. 13, que facultan a NNA a intervenir – ocupamos el lenguaje de la CDN acá – “en todos los asuntos que afecten al niño” (Art. 12). En términos conceptuales, la participación de NNA supone que la toma de decisiones públicas se realiza considerando debidamente las voces de NNA. NNA, así como cualquier otra persona, tienen derecho a que sus voces sean atendidas cuando ellos y ellas van a ser afectados, aunque sea tangencialmente, por la medida a adoptarse.²³ En especial, no sobra advertirlo, cuando se trata de la determinación constitucional de la comunidad política en que habitan.

Esta lectura encuentra respaldo en la CDN y su práctica. En efecto, estos derechos de participación, derechos que, como decimos, confieren titularidad de intervención a NNA en los asuntos que les afecten, no se ejercen únicamente con respecto a la vida en familia o asuntos escolares. Se extienden, además, en concordancia con el lenguaje de la CDN, a “todos los asuntos”. Esto quiere decir que los derechos de participación que reconoce la CDN no solo debe protegerse a efectos de implementar las obligaciones que de la propia CDN surgen, sino que con respecto de cualquier otra materia o asunto que afecte a NNA “incluso si no están específicamente tratados en la Convención”.²⁴

Para los Estados parte de la CDN, y Chile es uno de esos Estados, este derecho a participación genera el deber de proveer oportunidades que permitan a NNA “ser escuchados en todas las áreas de sus vidas, tanto en su comunidad local, como a nivel nacional e internacional”.²⁵ En palabras de Parkes, se trata de aplicar estándares democráticos en todas las áreas de la vida de NNA,²⁶ estándares que, en ciertas áreas que afectan con especial fuerza a NNA (como políticas educacionales) debieran ser un deber ineludible del Estado.²⁷

Más específicamente, debe advertirse, además, que en el último período de observaciones, el Comité de los Derechos del Niño manifestó su preocupación ante la falta

²³ CORVERA (2011), p. 80.

²⁴ UNICEF (2007), p. 155.

²⁵ PARKES (2008), p. 2.

²⁶ PARKES (2008), p. 3.

²⁷ PARKES (2008), p. 7.

de estructuras oficiales y de otro tipo,

*que permitan a los niños participar en la elaboración de las políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia, y en particular procesos que muestren de qué manera se tienen debidamente en cuenta sus opiniones.*²⁸

Al momento de las recomendaciones, el Comité fue enfático. Recomendó al Estado de Chile que,

a) Asegure la aplicación efectiva de leyes en que se reconozca el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos relativos a sus derechos, en particular la educación, la salud, la justicia y los asuntos relativos a la familia;

b) Revise la Ley núm. 20.500 (2011) para que se reconozca y garantice el derecho del niño a participar de manera directa en asociaciones y en asuntos de la administración pública;

*c) Establezca estructuras oficiales que permitan a los niños participar en la elaboración, aplicación y supervisión de políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia, y procesos que muestren de qué manera se tienen debidamente en cuenta sus opiniones, prestando especial atención a las niñas y a los niños de ambos sexos en situación de vulnerabilidad.*²⁹

1.2 Derecho constitucional³⁰

A nivel de derecho doméstico, debe advertirse que la Constitución Política de la República de Chile reconoce titularidad de derechos a “todas las personas.” Dentro de la voz personas se incluyen, desde luego, NNA. En efecto, el ejercicio de derechos constitucionales, entre ellos libertad de expresión, derecho de reunión y otros derechos de significación política, no se encuentra sujeto a las reglas sobre capacidad contractual.³¹ Mientras en materia contractual la capacidad se encuentra sujeta a las reglas de la patria potestad, y por lo tanto a la representación de los padres o adultos responsables, según corresponda, el ejercicio de derechos es de resorte autónomo de NNA. En otras palabras, la

²⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2015b), para. 28 letra c).

²⁹ *Id.* Para. 29.

³⁰ Esta sección está basada en LOVERA (2016).

³¹ LOVERA (2016).

capacidad extrapatrimonial de NNA no se sujeta a las reglas de representación pensadas para el derecho patrimonial.³²

Desde luego que dicha autonomía es progresiva. Esto quiere decir que la autonomía para el ejercicio de derechos dependerá, para insistir con el lenguaje de la CDN, de la edad y madurez del NNA. En efecto, de conformidad al Art. 12.1 de la CDN, el Estado debe garantizar “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.” La autonomía progresiva asume, entonces, que el NNA cumple un papel fundamental en la determinación de la forma en que se ejercerán derechos y, en definitiva, en la concreción del interés superior del niño (Couso 2006, p. 148).

Pero de la progresividad no se sigue que dicho ejercicio deba someterse al consentimiento (y en ciertos casos al conocimiento) paterno o adulto. Este acercamiento a la autonomía progresiva de NNA posee ya reconocimiento expreso en nuestra legislación. Así, el Art. 242 inc. 2 de la Ley 19.585, dispuso que,

En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Esto que venimos señalando acá con respecto a NNA ha tenido, además, reconocimiento expreso en las cortes del país.³³ Así, nuestras tribunales han sostenido que NNA son titulares de la libertad de expresión, incluso en el contexto escolar, lo que los habilita para manifestarse políticamente,³⁴ e incluso que son titulares para manifestar progresivamente su consentimiento a propósitos de tratamientos médicos—incluso cruciales para su vida.³⁵ Corolario de lo anterior resulta la decisión del Tribunal Constitucional que,

³² BARCIA (2013), pp. 18-22.

³³ Véase, en general, sobre el ejercicio autónomo de derechos constitucionales por parte de NNA, LOVERA (2009a).

³⁴ Véase LOVERA (2009b) y (2015).

³⁵ Así lo sostuvo la Corte de apelaciones de Valdivia, revocando una sentencia de un juzgado de familia que, sin haber escuchado al niño, lo obligaba a someterse a un tratamiento médico:

Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual,

pronunciándose sobre el derecho de NNA a acceder en condiciones confidenciales a consejerías médicas sobre anticoncepción de emergencia, sostuvo que el derecho de los padres a educar a sus hijos no puede “vulner[ar] el ejercicio legítimo de los derechos de los adolescentes, que también debe ser respetado.”³⁶

1.3 Política

Todo lo anterior, debe anotarse, se encuentra en plena concordancia con los acuerdos políticos que ha empujado la actual administración, a saber, con aquellas políticas orientadas a NNA y que los y las conciben como agentes políticos, titulares de derechos a la participación en aquellos asuntos que les conciernan. Al respecto pueden anotarse dos ejemplos.

En primer lugar, Proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez contempla disposiciones que reconocen al NNA como sujeto de derechos, esto es, como “titular (...) de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en las leyes” (Art. 6). El mismo proyecto reconoce el principio de autonomía progresiva, con especial énfasis en la facultad de NNA para “ejercer sus derechos por sí mismo,” (Art. 7) y el principio de participación, colaboración ciudadana y participación de los niños (Art. 44). De conformidad a este último principio,

[l]os órganos de la Administración del Estado propenderán a la creación de procedimientos que permitan la participación ciudadana en las materias relativas a la protección de la niñez y la garantía de sus derechos ... Especialmente generarán mecanismos para que dicha participación se verifique por parte de los niños, creando y fomentando las instancias para ello.

En segundo lugar, y a propósito de la implementación de las obligaciones que el proyecto recién mencionado acarreará para la Administración del Estado, debe mirarse,

y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas (Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 103-2009, cons. 14).

³⁶ Tribunal Constitucional, Rol 740, cons. 16.

también, a la Política Nacional de la Infancia. En efecto, en ella también hay variadas referencias a la participación de NNA, participación que se señala ha sido significativa en la elaboración de esta propia política (el caso de “Yo opino, es mi derecho”) como para la futura implementación de la ley de garantías.

1.4 Estándares

Desde luego que, para satisfacer una inclusión relevante de NNA, hay ciertos estándares o criterios que el proceso mismo de participación que se abre debiera respetar. En este sentido, el primer estándar de participación que puede advertirse, es el deber estatal de ofrecer oportunidades para la participación significativa de NNA.³⁷ De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño, este es un deber estatal. Los Estados partes, ha dicho el Comité, “se encuentran bajo la obligación estricta de adoptar medidas apropiadas para garantizar este derecho a todos los niños”.³⁸

En segundo lugar, debe observarse que este deber del Estado no puede estar sujeto a límites de edad mínima. De acuerdo al Art. 12.1 de la CDN,

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.

En otras palabras, de la lectura de dicho precepto –y esto ha sido aclarado por el propio Comité de los Derechos del Niño– no debe colegirse la facultad para establecer un límite de edad para participar.³⁹ Al contrario, la interpretación auténtica de la CDN indica que el derecho a participar debe asegurarse a *todos* los NNA, desde los más jóvenes a los mayores.⁴⁰ El estándar del CDN, como se lee en la disposición en comento, entonces, no es uno que se construya solo sobre la edad, sino sobre la capacidad de NNA para formarse su propio juicio –capacidad que, ha dicho el Comité, debe presumirse.⁴¹

³⁷ PARKES (2008), p. 2-3.

³⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (2009), par. 19.

³⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (2009), par. 21.

⁴⁰ PARKES (2008), p. 3 y UNICEF (2007), pp. 153-4.

⁴¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (2009), par. 20.

De lo anterior, desde luego, no se sigue que todos los NNA deben participar de las mismas instancias. En ciertas ocasiones, es posible justificar –por ejemplo por razones metodológicas– espacios reservados para que NNA de ciertas edades intervengan. Lo anterior, desde luego, sujeto a que dicha participación obedezca únicamente a consideraciones metodológicas, sea igualmente significativa *vis-à-vis* las otras formas de participación y no sea discriminatoria.

En tercer lugar, el Estado no debe discriminar a NNA. Esto supone un deber negativo para el Estado de abstenerse de realizar discriminaciones que carezcan de razón, como, por ejemplo, estableciendo límites discrecionales de edad entre NNA para participar. Pero importa, además, deberes positivos para el Estado de abrir espacios de participación (el primer estándar) y adecuarlos a la intervención de NNA.⁴² En el caso de grupos de NNA más desaventajados,⁴³ como el caso de la niñez indígena o migrante y refugiada, ese deber es más estricto.⁴⁴

En cuarto lugar, este derecho debe asegurar la participación libre de todos los NNA. Que la participación de NNA deba ser libre, quiere decir que no puede ser obligatoria ni compulsiva. En definitiva, es decisión última de NNA el decidir si se recurre a los canales (sea formales o informales) habilitados para la participación.⁴⁵

Esta voluntariedad en la participación, sin embargo, no se agota en la prohibición de compulsión, sino que se extiende a deberes positivos que podríamos denominar de habilitación para la participación voluntaria de NNA. De una parte, que la participación sea voluntaria no solo significa que no sea obligatoria, sino que, además –y en especial en el contexto de la CDN– debe tratarse de una intervención libre de manipulaciones.⁴⁶ Esto supone el deber estatal de no intervenir de manera inapropiada pero, al mismo tiempo, de asegurar que otros adultos no lo hagan *a través de* NNA. Esto supone deberes de cuidado de la autonomía de NNA, de modo que ellos y ellas puedan sostener sus propias apreciaciones con independencia de adultos. Esta obligación se traduce, además, en una exigencia sustantiva: la apertura de las materias sobre las que NNA puedan

⁴² *Id.* par. 66.

⁴³ Sobre la posibilidad de establecer grupos de NNA más vulnerables dentro de la vulnerabilidad propia de la infancia, véase LOVERA (2015), pp. 23-5.

⁴⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (2009), pars. 4 y 21; UNICEF (2007), p. 159-60.

⁴⁵ *Id.* 22-5.

⁴⁶ *Id.* par. 22.

pronunciarse. Como se ha señalado más arriba, no existen áreas o materias que sean propias de la autoridad parental u adulta y que no requiera la voz de NNA.⁴⁷

De otro lado –y en cierto modo para hacer posible la autonomía antes dicha– se ha señalado que la capacitación, educación y entrega de información son una condición necesaria para que las intervenciones de NNA sean libres.⁴⁸ Una participación política efectiva no puede sino principiar por medio de la difusión de espacios de participación, procedimientos instancias, así como de los asuntos de especial relevancia política, incluidos “los principios e instituciones democráticas”.⁴⁹ Esto resulta de especial relevancia en Chile. En un estudio publicado en 2001 y que preguntaba por el nivel de conocimiento e involucramiento cívico y político de NNA de 14 años, Chile exhibió resultados bajo el promedio internacional en un estudio comparativo entre 28 países.⁵⁰

Es en este mismo contexto en que deben situarse los derechos de guía y educación parental. Una de las principales objeciones que el mundo conservador erige en contra de la apertura de espacios de autonomía política para NNA, es que dicha apertura supone el reemplazo de la familia y del rol preferente que asiste a los padres. Nada de eso es verdad. El reconocimiento de derechos a NNA para que puedan ejercerlos con autonomía, esto es sin necesidad de conocimiento ni consentimiento de sus padres o adultos responsables, no supone reemplazar a los padres por la Administración ni privarlos de sus derechos. En efecto, y como es obvio, ese mismo ejercicio de derechos por parte de NNA opera como límite a la intervención estatal. Pero, además, debe anotarse que tanto en el contexto de la CDN como en el constitucional chileno,⁵¹ ese derecho-deber preferente de los padres está orientado a servir de dirección y orientación para que NNA puedan ejercer los derechos que se les reconocen tanto en la CDN como en las legislaciones domésticas. Para decirlo en otras palabras, los padres (y adultos responsables) tienen deberes para con

⁴⁷ UNICEF (2007), pp. 154-5.

⁴⁸ *Id.* p. 159-60.

⁴⁹ LIMBER y HEVENER (2002), p. 82.

⁵⁰ TORNEY-PURTA ET AL. (2001)

⁵¹ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sostuvo que,

Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado.

Tribunal Constitucional (2008), Rol No 740, 18 de abril de 2008, considerando 16.

NNA, los que a su turno poseen derechos contra el Estado –estos estándares son, de hecho, eso; un límite al ejercicio de potestades estatales al momento de adoptar decisiones públicas.⁵²

Finalmente, la participación de NNA debe ser significativa. Para que la participación de NNA sea significativa se requiere que ella sea (i) relevante, (ii) apropiada y (iii) sujeta a rendición de cuentas. La participación de NNA es (i) relevante dependiendo del grado en que las intervenciones de NNA serán consideradas⁵³ y sus puntos de vista respetados⁵⁴ en la adopción de las medidas bajo discusión. Por eso es que el ‘espacio institucional’ que ocupará su voz y el carácter (ii) apropiado de las instancias participativas deviene en crucial. Para que la participación sea apropiada, los espacios de participación que el Estado debe poner a disposición de NNA deben estar adecuados para hacer posible su intervención efectiva (*child-friendly environments*).⁵⁵ Son la adecuación de personal, espacios y procedimientos para NNA lo que, en definitiva, va a terminar sellando la suerte de la relevancia de la participación.

Por último, (iii) debe existir una retroalimentación (o devolución) que permita hacer un seguimiento y evaluación de la participación de NNA. En palabras del Comité, se trata de “explicar a NNA cómo sus puntos de vista fueron considerados y sopesados.”⁵⁶ Muchas veces esa retroalimentación también está institucionalmente determinada. La suerte que esa institucionalidad asigne a la participación de NNA permite tener información relativamente fidedigna sobre la intensidad con que ha sido tomada en cuenta la participación de NNA. Parkes, así, llama la atención sobre el vínculo entre la retroalimentación y los usos que se ha hecho de las opiniones de NNA. Por ejemplo, un buen criterio para medir la influencia de la participación es el uso de las opiniones y acuerdos, tratándose de instancias más permanentes, como consejos o parlamentos infantiles. Por ejemplo, en Eslovenia, el Parlamento Nacional de los Niños puede enviar copia de sus resoluciones al gobierno u otras instituciones estatales relevantes.⁵⁷

⁵² Véase, sobre el particular, ESPEJO (2015).

⁵³ PARKES (2008), p. 19.

⁵⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (2009), par. 134 (c).

⁵⁵ *Id.* par. 134 (e).

⁵⁶ *Id.* par. 45.

⁵⁷ PARKES (2008), p. 22.

Consideraciones finales del capítulo

De conformidad a los estándares del derecho internacional, la propia palabra empeñada por el Estado de Chile y las disposiciones constitucionales actualmente vigentes, el Estado de Chile debe no solo reconocer los derechos de NNA en la Constitución, sino que hacerlo abriendo espacios participativos para que los NNA sean efectivamente escuchados.

En este sentido, hemos distinguido entre derechos políticos de participación, disponibles en la Constitución para todas las personas, incluidos NNA (como la libertad de expresión y el derecho de petición), del *deber* que pesa sobre el Estado de abrir y colocar a disposición de NNA instancias participativas. El desarrollo de estándares que acá hemos expuesto, tiene, entonces, un doble objetivo. Intenta, de una parte, hacer efectivo el derecho de NNA a ser considerados sujetos políticos y, en consecuencia, titulares de todos los derechos – que la Constitución reconoce a todas las personas – para poder intervenir activamente en la vida política. E intenta, de otra parte, hacer efectivo el deber de protección que pesa sobre los Estados, atendidas las especiales circunstancias de vulnerabilidad en que viven NNA. Esta condición, sin embargo, no debe ser utilizada por los Estados para negar el acceso al espacio político, sino que, antes bien, es condición de procedencia de sus responsabilidades especialmente calificadas para asegurar ese acceso. De este modo, no basta con que el Estado abra las instancias políticas existentes a NNA, sino que es necesario, además, avanzar a instancias especiales – cuando las circunstancias así lo demanden – y acomodar las ya existentes, de modo que la voz de NNA sea recogida en toda su magnitud (incidente) y no se transforme sólo en una inclusión simbólica.

Capítulo 3.

Modelos de reconocimiento constitucional de derechos de NNA

1. Introducción

Una vez revisadas los estándares de participación para NNA, revisaremos cómo han sido incorporados los derechos de NNA en textos constitucionales del derecho comparado. Las páginas que siguen dan cuenta de la información recabada de la revisión y sistematización de la forma en que las constituciones de América Latina, Europa (Occidental, Oriental y Eurasia) y Oceanía (Australia) reconocen y protegen los derechos de NNA. El detalle de los países cuyas constituciones fueron revisadas, así como del tipo de declaraciones normativas que estas contienen y que fueron procesadas para las conclusiones contenidas en este documento, se adjuntan en dos anexos del presente informe.

A continuación, se entregan los resultados a las que fue posible arribar luego de analizar los antecedentes contenidos en las diversas formas de reconocimiento constitucional de los derechos de NNA. Estos NNA han sido clasificados en dos grandes categorías: por un lado, normas que permiten identificar la existencia de un *Estándar de protección constitucional* (a.) y, por el otro, el reconocimiento explícito de *Derechos constitucionales de NNA* (b.) en los países estudiados.

A modo de introducción, cabe señalar que las declaraciones normativas destinadas a proteger los derechos de las personas, tanto a nivel constitucional como de tratados internacionales, asumen una preconcepción antropológica determinada, cual es concebir al titular de esos derechos como un sujeto en abstracto. En otras palabras, el sistema ha realizado un importante esfuerzo conceptual por defender que las personas somos titulares de los derechos reconocidos en tratados y constituciones, con total independencia de aquellas características personales que configuran nuestra identidad y que, además, habían sido utilizadas por regímenes totalitarios o autoritarios para desconocer la condición de sujetos de derechos a categorías enteras de personas. Este esfuerzo ha permitido garantizar adecuadamente el reconocimiento universal de los derechos humanos,

de modo tal que su titularidad ya no dependa de la conformidad de las personas con el estándar de *normalidad* o de *aceptabilidad* vigente en determinado momento y en determinado lugar. Se ha consolidado como un triunfo del período de la posguerra, acompañado por el fin de las dictaduras del sur de Europa, de América latina y del régimen colonial en África, el que las personas somos “libres e iguales en dignidad y derechos”.

Ello se traduce en ciertas formas o expresiones utilizadas por estas normas, que se construyen desde elementos eventualmente compartidos por las personas, tales como su dignidad o su propia condición de ser humano, y que se traducen en formulaciones que ya forman parte del sentido común de los sistemas de protección de los derechos, entre otras: las personas son titulares de derechos por el solo hecho de ser personas, los derechos emanan de la naturaleza humana, el fundamento de los derechos es la dignidad del ser humano, entre otros.

Se trata de fórmulas que han utilizado las declaraciones de derechos humanos o fundamentales, principalmente para garantizar su titularidad universal. Así, basta con la pretensión de universalidad del enunciado normativo para que, formalmente, todas las personas sean titulares de los derechos que se protegen, “por el solo hecho de ser personas”. Ello significó un avance cualitativo y cuantitativo muy importante para la protección del individuo ante el ejercicio abusivo del poder (tanto respecto del Estado como entre particulares), pues permitió incorporar en dicho reconocimiento a categorías completas de sujetos que, por cierto tipo de características o especificidades propias, habían sido marginados.

Sin embargo, progresivamente durante las últimas décadas se ha evidenciado que una dimensión muy importante de la garantía de los derechos queda fuera de la protección que estas declaraciones buscaron, precisamente por el efecto que genera la pretensión de universalidad de los derechos. Y no porque no sean titulares de los derechos que el ordenamiento jurídico declara proteger; el punto ciego se produce en una dimensión del fenómeno jurídico que no es estrictamente normativa: el ejercicio de los derechos. En efecto, el ejercicio no depende –al menos no exclusivamente– de que el ordenamiento jurídico reconozca o declare la titularidad universal de los derechos, sino que depende, en gran medida, de cuáles son las condiciones materiales que configuran la vida del sujeto titular de derechos y de cuán compatibles son con el ejercicio de los derechos cuya

titularidad se declara. La relevancia de esta dimensión no normativa del fenómeno jurídico radica en visibilizar las condiciones materiales a través de las cuales se verifica el ejercicio de los derechos de los que se es titular. La amplia diversidad de las condiciones de vida de las personas tensiona la comprensión de un sujeto abstracto como titular de derechos, donde las garantías normativas destinadas a asegurar la titularidad universal de los derechos, han sido complementadas con garantías normativas destinadas a asegurar un ejercicio igualitario de los mismos.

Así, progresivamente, la idea de una adecuada garantía y protección de los derechos en favor de un destinatario genérico y abstracto, ha sido complementada con la incorporación de aquellos elementos que configuran las condiciones materiales que dotan de cierta identidad a personas y grupos de personas concretos, condiciones a partir de las cuales ejercen dichos derechos.

En razón de lo anterior, tanto los ordenamientos constitucionales como los instrumentos internacionales han incorporado aquellas especificidades propias de ciertas condiciones materiales, que obstaculizan el pleno ejercicio de los derechos a importantes grupos sociales. En efecto, se trata de grupos de personas que, siendo titulares de los derechos que las declaraciones consagran de manera genérica y universal, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, postergación, marginalidad o subalternidad que afecta gravemente el ejercicio de sus derechos. La declaración universal de derechos no alcanza a percibir estas especificidades, por lo que se hacen necesarios instrumentos normativos complementarios, destinados a asegurar, específicamente, el reconocimiento y consecuente ejercicio de los derechos de quienes se encuentran en este tipo de situaciones.

Así, con el fin de asegurar un efectivo ejercicio de los derechos protegidos, se han incorporado garantías específicas que dan cuenta de las particularidades de ciertos grupos sociales. Entre estos, destacan la regulación normativa por la plena inclusión de la mujer y la erradicación de toda forma de violencia de género, las normas que protegen los derechos de las minorías sexuales, de los pueblos originarios, entre otros. Niños, niñas y adolescentes entran dentro de esta categoría de grupos sociales que, siendo titulares de los derechos fundamentales declarados de manera universal, se encuentran afectados por ciertas condiciones estructurales de exclusión (sean estas normativas, sociales o culturales) que afectan el ejercicio de sus propios derechos.

Como respuesta a este fenómeno, al sistema internacional de derechos humanos, así como la mayoría de los ordenamientos constitucionales de diversos países de América y Europa, han avanzado progresivamente en el reconocimiento de los derechos de NNA, incorporando aquellas especificidades propias que determinan el ejercicio de los derechos de los cuales, en abstracto, son titulares como consecuencia de las declaraciones de titularidad universal. Entre estas especificidades, podemos contar tanto prejuicios sociales como condicionamientos culturales, que se verifican no solo en la estructura de las relaciones sociales al interior de la familia, sino que también en la presencia y participación de NNA en la propia sociedad.

2. El estándar de protección constitucional

Un panorama general evidencia que existe un determinado estándar para la protección constitucional de los derechos de NNA, que se ha ido incrementando progresivamente en América Latina y Europa Occidental. Dicho estándar responde, en gran medida, a los contenidos normativos que han sido incorporados en las normas internacionales sobre derechos de NNA y que puede ser sistematizado sobre la base de los siguientes criterios.

2.1 Igualdad de derechos de NNA en el ámbito de la familia

Una igualdad que garantice, por ejemplo, la no discriminación entre hijos e hijas por razón de filiación o por haber nacido dentro o fuera de un matrimonio. Una de las preocupaciones principales del reconocimiento constitucional de los derechos de NNA, dice relación con garantizar condiciones de igualdad en el ejercicio de sus derechos, con completa independencia de aquellos factores que alguna vez sirvieron para justificar discriminaciones. Entre ellos, destacan criterios tales como el género, la mayor o menor determinación de la filiación y haber nacido dentro o fuera del matrimonio. Durante décadas, y a pesar de la pretensión de universalidad de las declaraciones de derechos humanos o fundamentales, estos factores fueron esgrimidos por las legislaciones nacionales como una razón suficiente para justificar el establecimiento de regímenes jurídicos

diferenciados entre NNA según, por ejemplo, si tenían filiación paterna determinada, si había nacido dentro o fuera del matrimonio e, incluso, si eran mujer u hombre. Fue necesario el establecimiento de normas especiales destinadas a visibilizar situaciones estructurales de discriminación arbitraria, con el fin de terminar con ellas.

Así, una serie de textos constitucionales expresamente garantizan que los NNA nacidos fuera o dentro del matrimonio gozarán de los mismos derechos. Este tipo de declaraciones normativas demuestran cómo fue necesario explicitar aquellas discriminaciones estructurales –en este caso, los efectos de la legislación de familia, sucesión por causa de muerte y filiación– de carácter arbitrario que debían ser abordadas. La presencia de este derecho a la no discriminación por razón de filiación da cuenta de cuán extendida estaba, paradójicamente, la discriminación por este factor. La garantía de iguales derechos a NNA nacidos dentro o fuera de un matrimonio ha sido incorporada en las constituciones de Albania (art. 54.2), Alemania (art. 6.5), Andorra (art. 13.3), Brasil (art. 227.6), Bulgaria (art. 47.3), Cuba (art. 37.1), Eslovaquia (art. 41.3), Eslovenia (art. 54), España (art. 39.2), Italia (art. 30), Moldavia (art. 50), Montenegro (art. 72), Portugal (art. 36.4), República Checa (art. 32.3), Rumania (art. 48.3), Serbia (art. 64.4), Ucrania (art. 52).

Dieciséis de las constituciones extranjeras estudiadas, tanto de Europa como de América Latina, han incorporado explícitamente en sus constituciones garantías adicionales a la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación arbitraria. Su finalidad es incorporar, en la protección de los derechos de NNA, especificidades propias de sus contextos materiales de ejercicio, como es la situación conyugal de sus padres/madres.

2.2 Derechos de NNA consagrados mediante obligaciones constitucionales de padres, madres, tutores o, genéricamente, de la familia

Uno de los ámbitos en los que es posible identificar una protección de los derechos de NNA que incorpore distintas dimensiones de un mismo fenómeno, dice relación con la configuración constitucional de las tareas que corresponde a padres, madres o tutores en la formación de NNA, así como a la propia familia en su protección, cuidado y seguridad. En este ámbito, los textos constitucionales reconocen la especificidad propia de NNA, que determina y condiciona el ejercicio de sus derechos, como es su situación de

pertenencia a un núcleo familiar, así como su relación de dependencia respecto de las personas adultas que integran dichas familias.

Las normativas constitucionales estudiadas contribuyen en la configuración conceptual de los derechos de NNA y a sus formas de garantía y ejercicio, no solo explicitando cuáles son esos derechos, sino que delimitando los deberes que padres, madres y la familia deberán observar en orden a garantizar su debida protección. En este sentido, es posible identificar normas que explícitamente declaran que el cuidado y educación de los hijos e hijas no es solo un derecho de padres y madres, sino un deber de rango constitucional. Ello permite comprender que la regulación normativa de la posición de padres y madres no pretende proteger sus derechos respecto de la intervención estatal –al menos no exclusivamente–, sino que tiene por finalidad principal proteger los derechos de NNA y garantizar el ejercicio de los mismos. En otras palabras, cuando los ordenamientos constitucionales han abordado los derechos de padres y madres respecto de sus hijos, ha primado la protección de los derechos de NNA como objetivo final de la regulación.

Entre las constituciones estudiadas, es posible destacar esta forma de configuración de este derecho/deber de padres y madres en la protección de los derechos de NNA en los siguientes textos constitucionales: Alemania (art. 6.2), Armenia (36.1), Azerbaiyán (arts. 17.2 y 34.4), Bielorrusia (art. 32.4), Brasil (art. 229), Bulgaria (art. 47.1), Croacia (arts. 64.1 y 64.2), Cuba (art. 38.1), Eslovaquia (art. 41.4), Eslovenia (art. 54.1), España (art. 39.3), Estonia (art. 27.3), Hungría (art. XVI.3), Irlanda (art. 42.1), Italia (art. 30.1), Kazajistán (art. 27.2), Lituania (art. 38.6), Macedonia (art. 40.3), Montenegro (art. 72.2), Paraguay (art. 53.1), Portugal (art. 36.5), República Checa (art. 32.4), Rumania (art. 48.1), Rusia (arts. 38.2 y 43.4), Serbia (art. 65.1), Ucrania (art. 51.2), Uruguay (art. 41).

La configuración de este derecho/deber de los padres y madres en el cuidado de NNA es complementado, en algunos casos, por dos tipos de disposiciones: por un lado, aquellas que estipulan el especial cuidado que deberá tener el Estado con NNA que no tengan padre o madre o que no cuenten con un cuidado familiar adecuado; entre estas constituciones, cabe mencionar las de Azerbaiyán (17.3), Brasil (art. 227.3.6), Croacia (art. 64.5), Eslovenia (art. 56.3), Letonia (art. 110), Moldavia (art. 49.3), Paraguay (art. 54), Perú (art. 4), Portugal (arts. 69.1 y 69.2), Turquía (art. 61.1), Ucrania (art. 52.3), Uruguay (art. 41). Por otro lado, disposiciones constitucionales que indican la tarea del Estado en la

protección de NNA y de la familia y su colaboración con padres/madres en el cumplimiento de este derecho/deber; entre ellas, las constituciones de Alemania (art. 6.2), Azerbaiyán (art. 17.2), Bulgaria (art. 47.1), Croacia (art. 63), Eslovaquia (art. 41.5), Estonia (art. 28.4), Georgia (art. 36.2), Grecia (art. 21), Irlanda (42.5), Kazajistán (art. 27.1), Lituania (art. 39), Noruega (art. 104.3), Polonia (art. 71.1), Portugal (art. 68.1), República Checa (art. 32.5), Rusia (38.1), Suecia (art. 2.4), Turquía (art. 62), Ucrania (art. 51.3).

La diversidad de constituciones que configuran la protección de los derechos de NNA a través del establecimiento de los deberes de sus padres, madres y familias es elocuente, por la transversalidad de las culturas jurídicas que representan, desde Europa occidental, oriental, Eurasia y América latina.

2.3 Reconocimiento explícito de NNA como titulares de derechos

Ya sea los derechos comunes a todas las personas, o bien, aquellos propios de NNA o estableciendo garantías específicas en otras materias (protección social, responsabilidad penal, vivienda, entre otros). Dentro de las estrategias de reconocimiento constitucional de los derechos de NNA, a partir de las cuales es posible configurar un estándar internacional para su protección, destaca el reconocimiento de su condición de sujetos titulares de derechos, es decir, Constituciones que expresamente declaran que NNA son titulares de derechos. Este reconocimiento se configura de dos formas distintas: por un lado, declarando aquellos derechos de NNA que cuentan con reconocimiento y protección constitucional; por el otro, reafirmando su condición de sujetos de derechos. Los derechos específicos que son protegidos por las constituciones estudiadas han sido incorporados en el apartado siguiente.

En cuanto al reconocimiento explícito de NNA en tanto titulares de derechos, destacan las siguientes constituciones: el art. 45.1 de la constitución de Ecuador señala que *“las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad”*. El art. 44.1 de la constitución de Colombia, por su parte, afirma que NNA *“gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*, llegando incluso a establecer un criterio interpretativo en caso de conflictos en el ejercicio de los derechos:

“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44.3). A su vez, Bolivia ha incorporado un reconocimiento similar, al afirmar que *“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”*. En el mismo sentido, el art. 78 de la constitución de Venezuela reafirma que *“los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho”*.

Una de las formas complementarias de protección constitucional que se sostiene desde la comprensión de NNA como titulares de derechos, dice relación con la garantía de igualdad ante la ley. Si bien la regla general en esta materia es la consagración de la igualdad ante la ley de NNA en su condición de hijos/hijas, algunas constituciones explícitamente extienden la garantía genéricamente a NNA; tal es el caso de Finlandia (art. 6.3).

Respecto de este primer estándar de protección constitucional de los derechos de NNA, el ordenamiento constitucional chileno presenta una brecha significativa en el reconocimiento constitucional y la garantía de los derechos de NNA, dado que ninguno de los criterios o factores señalados se encuentran presentes en la Constitución vigente.

3. Derechos constitucionales de NNA

Una primera visión panorámica de los derechos de NNA reconocidos constitucionalmente, muestra el nivel de normalidad con el que estos derechos se incorporan en la institucionalidad. Es posible destacar los siguientes casos:

3.1 Derecho al desarrollo personal integral, óptimo o normal

Uno de los aspectos que mayor trascendencia tiene en el reconocimiento de derechos de NNA en las constituciones de Europa y América Latina, dice relación con la posibilidad de garantizar su pleno desarrollo. Se protege desde distintas aristas un derecho de contenido bastante abierto, que abarca diversas áreas de la vida de NNA. Por una parte, la protección constitucional tiene por finalidad garantizar la integridad de NNA ante

amenazas externas que pudieran poner en riesgo el pleno desarrollo de su personalidad y su propia formación. Aquí se incluyen prohibiciones y deberes de atención especial ante casos de abandono o de trabajo infantil. Para estos casos, las constituciones recurren al desarrollo pleno de la personalidad de NNA como fundamento para prohibir determinadas conductas que supongan un grave daño en la consecución de dicho valor constitucional. Asimismo, se asegura el derecho de NNA a participar en el progreso del país, así como en aquellas decisiones públicas que estén directamente vinculadas con la garantía y protección de sus intereses y derechos, conforme a su desarrollo particular.

A su vez, el desarrollo de la personalidad de NNA ha sido elevado a rango constitucional por los textos de diversos países, cuyo objetivo es garantizar su normal crecimiento. Este principio abarca el desarrollo tanto físico como psicológico, promoviendo ambientes y condiciones que aseguren su integridad. Del reconocimiento de este principio se siguen deberes de la sociedad de contribuir a esta garantía, distinguiendo entre lo que compete a padres/madres/tutores y al Estado, según lo señalado en el punto A.2 precedente. Cabe destacar que la constitución de Ecuador define desarrollo íntegro de NNA: “*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, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales*” (art. 44).

Se trata de garantías constitucionales en Albania (art. 54.3), Alemania (art. 6.5), Armenia (art. 36), Austria (art. 14.5), Bélgica (art. 22 bis), Bielorrusia (arts. 32.3 y 32.6), Bolivia (art. 59.1 y 5), Croacia (art. 64), Ecuador (arts. 39, 44 y 46), Finlandia (arts. 6 y 19), Francia (preámbulo), Hungría (arts. 16 y 18.2), México (art. 4.9), Moldavia (arts. 49.2 y 50.4), Noruega (art. 104), Paraguay (arts. 54 y 56), Polonia (art. 68.5), Portugal (arts. 69.1 y 70.2), Rumania (art. 49.3), Suiza (art. 11.1) y Venezuela (art. 89.6).

3.2 Prohibición de la explotación infantil en todas sus formas

Esta forma de reconocimiento de derechos específicos de NNA se encuentra recogida en constituciones provenientes de diversas tradiciones jurídicas, manifestando la

reacción a regulaciones permisivas del trabajo infantil. En la medida en que el reconocimiento de derechos y libertades fue ajustándose a la contingencia de los distintos procesos de globalización, los ordenamientos constitucionales respondieron a la visibilización del impacto del trabajo infantil en las condiciones materiales para el ejercicio de los derechos de NNA y para el pleno desarrollo de su personalidad. Esta prohibición de explotación o trabajo forzado infantil responde a la necesidad de asegurar entornos vitales compatibles con el pleno desarrollo y crecimiento de NNA, así como con la consecución progresiva de su autonomía como seres humanos, y ha sido acompañada del deber de protección que padres/madres/familia y el Estado tienen respecto de NNA (como es el caso de Brasil y Uruguay).

Junto a la garantía constitucional que prohíbe el trabajo infantil, es posible identificar una serie de garantías específicas que protegen a NNA de diversas formas de explotación, no solo laboral. Tal es el caso de las regulaciones constitucionales en Suiza relativas al abuso sexual y pornografía infantil (art. 123b.2), en Bélgica relativas a la protección de la integridad sexual de NNA (art. 22bis), en Suecia relativa a la orientación sexual (art. 2), en Brasil respecto a su explotación sexual (art. 227.4), en Colombia relativa al abuso sexual (art. 44) o en Ecuador relativa a la violencia doméstica y sexual (art. 35) y a la explotación sexual (art. 46).

Genéricamente, es posible identificar esta garantía constitucional en los ordenamientos jurídicos de Albania (Art. 54.3), Bolivia (art. 61.2), Brasil (art. 227.4), Colombia (art. 44), Ecuador (arts. 46.2 y 46.4), Eslovenia (art. 56), Moldavia (art. 50.4), Montenegro (art. 74), Paraguay (art. 54), Polonia (art. 72.1), Rumania (art. 49.3), Serbia (arts. 64 y 66), Ucrania (art. 52) y Uruguay (art. 41).

3.3 Protección contra la violencia, el maltrato y el abuso, físico o psicológico

La violencia ha sido identificada, progresivamente, como una de las principales amenazas de las cuales son víctimas NNA. Las regulaciones constitucionales estudiadas han incorporado la protección de NNA contra una serie de manifestaciones de violencia, maltrato y abuso, principalmente de índole sexual y doméstica. En este sentido, es posible identificar dos grandes ámbitos de protección constitucional: por un lado, NNA como

víctimas directas de las diversas formas de abuso o violencia y, por el otro, el deber social de evitar que NNA presencien o sean testigos, de cualquier forma, situaciones o circunstancias de violencia, sancionando a quienes no resguarden este derecho y les expongan.

Asimismo, es posible identificar una preocupación amplia por las formas de violencia de las que pueden ser víctimas NNA, cuyo objeto de protección contempla no solo la violencia física, sino también la psicológica. Por otro lado, es posible verificar que la protección constitucional contra la violencia en NNA se verifican dentro del ámbito de las relaciones privadas, como es el caso de la violencia intrafamiliar, y en los espacios públicos, específicamente ante los malos tratos que sufren NNA por parte de las fuerzas policiales en marchas y manifestaciones públicas.

Diversas formas de proscripción constitucional de toda manifestación de violencia contra NNA han sido incorporadas, entre otros países, por Albania (art. 54.3), Bolivia (art. 61.1), Brasil (art. 227.4), Colombia (art. 44), Ecuador (arts. 35, 46.4 y 81), Eslovenia (art. 56), Irlanda (art. 45.4), Letonia (art. 110), Montenegro (art. 74), Paraguay (art. 54), Polonia (art. 72.1), Serbia (art. 64), Ucrania (art. 52) y Uruguay (art. 41).

3.4 Derecho a una filiación determinada

Hasta hace no mucho, la legislación chilena permitía una serie de discriminaciones entre NNA en razón de su filiación. Esto no sólo implicó la normalización de la desigualdad entre los hijos, dado que la propia ley establecía categorías diferenciadas, sino que también significó la marginación de muchos NNA en el ejercicio de sus derechos. La misma Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas no hace mención expresa al tema, sino sólo estableciendo el deber de los Estados parte de garantizar que todo NNA sepa quiénes son sus padres y, en cuanto ello sea posible, ser cuidado por estos. A su vez, la normativa constitucional de Bolivia y Brasil comprenden un avance en la materia, situándose a la vanguardia incluso respecto de la misma Convención.

La constitución boliviana establece que *“toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de*

su cuidado” (art. 59.4). De esto se entiende que el resguardo dado pretende impedir el abandono de NNA, obligando a hacerse responsables tanto a sus padre/madre (inicialmente), o bien, al Estado en la protección de sus intereses y derechos. Por su parte, el artículo 227 N° 6 de la constitución de Brasil expresamente señala que *“los hijos habidos o no dentro de la relación matrimonial o por adopción, tendrán los mismos derechos y calificaciones, prohibiéndose cualquier diferencia discriminatoria relativa a la filiación”*. La declaración constitucional es muy clara en garantizar la igual titularidad de derechos por parte de NNA, con total independencia de las particularidades que pueda presentar su filiación.

3.5 Igualdad entre hijos/hijas: deber de padres/madres y prohibición de discriminaciones arbitrarias

Este derecho marca uno de los primeros pasos en el reconocimiento y protección de NNA en las constituciones contemporáneas. Las nuevas formas de organización de las familias han permitido superar cánones conservadores característicos de épocas anteriores, en las que las diferencias entre hijos se habían construido desde un determinado concepto de familia, el que simplemente se proyectaba sobre el ordenamiento jurídico. Este cambio de cosmovisión ha complejizado la protección de los derechos de las personas desde sus primeras etapas de vida, superando condiciones normativas de exclusión o desigualdad que afectaban a un gran número de la población, precisamente porque el ordenamiento jurídico legitimaba un tipo determinado de relación familiar y establecía estatutos diferenciados para la titularidad de derechos.

Es posible identificar un contenido constitucional más o menos claro respecto al derecho que distintas cartas fundamentales reconocen a NNA. Por un lado, la igualdad se declara desde la supresión de la antigua distinción entre hijos/hijas nacidos dentro de un matrimonio de aquellos nacidos fuera de éste, asumiendo las nuevas formas de la familia en las sociedades modernas, especialmente la secularización de los criterios identitarios de este núcleo social. Así, este derecho sigue guardando relación con un deber de padres/madres para con sus hijos/hijas, prohibiendo toda diferencia en razón a su filiación. Junto con ello, ciertas constituciones reconocen el deber de asistencia de padres/madres, donde la conducta

que se prescribe ya no es pasiva (prohibición de discriminar), sino activa (deber de asistir sin discriminar), como es el caso de España (art. 39.3), Eslovenia (art. 54) e Italia (art. 30).

Por otro lado, existe reconocimiento de este derecho en tanto obligación del Estado, quedando así todos sus organismos sujetos al imperativo de prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias en cualquier materia que afecte o atañe a NNA. Aquí, el parámetro de igualdad se identifica desde la igualdad de derechos y su condición de plenos titulares de los derechos constitucionales. Valga destacar lo establecido por la Constitución de Moldavia (art. 50.1), que consagra un estatuto de protección social y asistencia especializada para NNA, sin importar el origen de su filiación. Este tipo de declaraciones normativas avanzan en uno de los elementos clave para la protección de los derechos de NNA: la configuración de garantías para su ejercicio.

El reconocimiento de igualdad de hijos/hijas nacidos dentro o fuera del matrimonio, sea en tanto obligación de padres/madres como del Estado y sus órganos, se reconoce en las constituciones de Albania (art. 54.2), Bolivia (art. 59.3), Brasil (art. 227.6), Bulgaria (art. 47.3), Costa Rica, (art. 53), Cuba (art. 37.1), Eslovaquia (art. 41.3), Paraguay (art. 53.4), Portugal (art. 36.4), República Checa (art. 32.3), Serbia (art. 64) y Ucrania (art. 52).

3.6 Derecho a vivir en el seno de una familia y a recibir su protección

El reconocimiento de este derecho da cuenta de la fragilidad de uno de los espacios sociales más sensibles para el adecuado desarrollo de NNA, el propio núcleo familiar, sometido a una serie de riesgos que amenazan la estabilidad vital de NNA. Dado que la familia es una forma de asociación basada en los afectos, resulta complejo darle la estabilidad y continuidad necesaria para el desarrollo de NNA. Las situaciones de abandono, orfandad y maltrato son una realidad en las sociedades contemporáneas, fenómenos que han sido incorporados progresivamente en las constituciones. En efecto, desde la dictación de la Convención de los Derechos del Niño las constituciones han ido actualizando y ajustando sus contenidos, en orden a proteger aquellos espacios de vulneración del derecho a la familia de NNA.

Así, es posible identificar una serie de declaraciones normativas, tanto en

Latinoamérica como en Europa, destinadas a proteger el derecho de NNA a tener una familia y crecer en su seno, sea de origen o adoptiva. La protección del menor en caso de que ese derecho se vea amenazado o vulnerado, generalmente es entregada a la ley. De esta manera, el derecho opera como una garantía frente al Estado y a la sociedad, estableciendo las condiciones necesarias para asegurar a NNA la posibilidad de tener una familia donde crecer y desarrollarse. De esto se sigue que existan también constituciones donde lo que se reconoce es el deber genérico de la familia como primera protectora del interés superior de NNA.

En cuanto al derecho a tener una familia, crecer en el seno de ésta y su deber como primer llamado a resguardar el interés superior del niño, es posible destacar las disposiciones constitucionales de Bolivia (arts. 59.2 y 60), Brasil (art. 227), Colombia (art. 44), Cuba (art. 40), Ecuador (arts. 44; 45), Noruega (art. 104), Paraguay (art. 54), Turquía (art. 41) y Venezuela (art. 75).

Por otro lado, existe un número reducido de constituciones donde se reconoce el derecho de protección especial a NNA por parte del Estado, para aquellos casos en que menores no tengan o queden sin familia, debiendo establecerse un plan de resguardo íntegro y eficaz. Tal es el caso de las constituciones de Eslovenia (art. 56), Portugal (art. 69.2) y Serbia (art. 66).

3.7 Derecho a participar en el desarrollo de la sociedad y a ser escuchados

En esta materia es posible encontrarse con ejemplos de notorio avance respecto a la conquista histórica de derechos de NNA, dado que se incluye mediante resguardo constitucional la garantía del derecho a participar en la vida social y la de NNA de ser oído en asuntos que les atañen. Como se verá, una serie de declaraciones normativas permiten configurar, progresivamente, el contenido de este derecho.

Primeramente, valga destacar el aporte de la constitución de Colombia, que en su artículo 45 establece el resguardo del derecho de participación de jóvenes en organismos públicos o privados que protejan la educación y el progreso mismo de la juventud. Es decir, se convoca a jóvenes y adolescentes a participar en el diseño de políticas y programas que digan relación directa con los aspectos que forjan su identidad y sus intereses en tanto tales.

Por otro lado, el artículo 45 de la constitución de Ecuador reconoce el derecho de NNA a la participación social, enunciado que abre su contenido a un espectro amplio de materias en las que NNA podrían involucrarse para velar por sus intereses directamente, sin la mediación del mundo adulto que, al interpretarlos, los transforma.

Este derecho también ha sido configurado desde las obligaciones correlativas del Estado. Tal es el caso del artículo 32.7 de la constitución de Bielorrusia, que manda al Estado a crear todas las condiciones necesarias para la libre y efectiva participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural de la sociedad. Se trata de un mandato genérico que orienta las actuaciones estatales ya no solo respecto del reconocimiento de la titularidad de los derechos de participación de NNA, sino en el establecimiento de las condiciones normativas y materiales suficientes para garantizar su ejercicio.

A su vez, la constitución de Noruega comprende la primera gran declaración constitucional en la que NNA cuentan con el derecho a ser oídos en cuestiones que digan relación consigo mismos y cuya opinión deberá ser tomada en cuenta, siempre conforme a su edad y madurez individual (art. 104). Lo que significa un avance sustancial en el reconocimiento de los derechos de NNA, en la misma lógica de la Convención.

Con todo, el derecho de NNA a participar en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural de un país se encuentra reconocido en las constituciones de Armenia (art. 48.5), Bielorrusia (art. 32.7), Bolivia (art. 59.5), Cuba (art. 6), Ecuador (art. 39), Paraguay (art. 56) y Rumania (art. 49.5).

Consideraciones finales del capítulo

En primer lugar, la experiencia comparada en materia de reconocimiento constitucional de los derechos de NNA muestra que la ausencia de reconocimiento constitucional es la excepción. No sobra advertir, en cualquier caso, que muchas de las experiencias participativas que acá se revisan se han verificado en naciones con reconocimiento constitucional de derechos de NNA y legislaciones igualmente vigorosas, en las que el respeto a los derechos de NNA, la preocupación por salvaguarda su interés superior y el aseguramiento de su autonomía progresiva, son la regla general.

En segundo lugar, fue posible identificar una serie de derechos constitucionales destinados a proteger a NNA en tanto sujeto en eventual situación de vulnerabilidad y objeto de un cuidado y protección especial, no solo de parte de su padre/madre/tutor/familia, sino que del Estado y de la propia sociedad. Este significa el punto de partida desde el cual las constituciones estudiadas reconocen y protegen los derechos de NNA, que justifica el establecimiento de derechos especiales que aborden sus especificidades propias.

En tercer lugar, el catálogo de derechos que es posible identificar en las distintas constituciones estudiadas abarca diversos ámbitos de la vida de NNA, desde el derecho a su identidad a la prohibición de toda explotación infantil y formas de abuso, pasando por deberes constitucionales de padres/madres/tutores/familia y por obligaciones de cuidado y protección que las constituciones le imponen al Estado y a la sociedad. Este catálogo permite evidenciar la brecha que presenta el ordenamiento constitucional chileno, cuya norma fundamental no incorpora derecho alguno de NNA.

En cuarto lugar, a la luz de las declaraciones constitucionales estudiadas, fue posible identificar un cierto estándar de protección constitucional, el que se construye sobre la base de ciertos principios más o menos transversales, a saber: la igualdad de NNA en el seno de su familia, los deberes de protección y cuidado de padres/madres/tutores y de su familia en general hacia NNA y la necesidad de un reconocimiento constitucional explícito de sus derechos.

Finalmente, tanto el derecho constitucional comparado como los modelos de participación incidente estudiados, muestran un contexto normativo de coherencia con el contenido de los tratados internacionales en materia de infancia y adolescencia. Es posible identificar un estándar de reconocimiento y protección de derechos, una senda por la cual puede y debe transitar la institucionalidad chilena en materia de reconocimiento y protección de los derechos de NNA, especialmente en la configuración de un nuevo trato entre el Estado de Chile y la infancia. A nivel local, es posible apreciar, en cambio, una brecha considerable entre los derechos de NNA que son reconocidos por las Constituciones del Derecho comparado y los derechos reconocidos constitucionalmente en Chile. De la Convención emana, lo sabemos, un deber para los Estados que la han suscrito en orden a proteger los derechos de NNA. Sin embargo, es posible concluir que la mayoría de las

constituciones hasta ahora estudiadas han protegido importantes dimensiones de la vida de NNA en la forma de derechos constitucionales, sin limitarse a una remisión normativa a la Convención o a su reconocimiento explícito. Ello supone una exigencia para la normativa constitucional chilena, que requiere una suerte de *puesta al día* no solo respecto de los deberes que emanan de la Convención, sino que incluso respecto del avance que presentan países que tienen culturas jurídicas tanto similares a la chilena, como dispares.

Referencias bibliográficas

Accatino, Daniela (2013). “Más democracia es más igualdad: los cambios necesarios para que el voto de cada ciudadano tenga igual valor”, en Muñoz, Fernando (ed), *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*, Santiago, LOM, pp. 33-51.

Arnstein, Sherry (1969), “A ladder of citizen participation”, *JAIP*, Vol. 35 (July).

Barcia, Rodrigo (2014). “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 19, N°2), pp. 3-52.

Bellamy, Carol (2002), *Estado Mundial de la Infancia 2002: capacidad de liderazgo* (Nueva York, UNICEF).

Cabannes, Yves (2006), “Children and young people Guild participatory democracy in Latin American cities”, en *Environment & Urbanization*, Vol. 18(1).

Children’s Parliament (Scotland) (2012), *How does your garden grow? A report for children on a consultation for the Scottish Government on the Children and Young People Bill* (Edimburgo, Children’s Parliament).

Comité de los Derechos del Niño (2015a). *Lista de cuestiones relativa a los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile CRC/C/CHL/Q/4-5*, 5 de marzo de 2015.

(2015b). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile CRC/C/CHL/CO/4-5*, 30 de octubre de 2015.

Committee on the Rights of the Child (2009). *General Comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard CRC/C/GC/12*, Ginebra.

Corvera, Nicolás (2011). “Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos”, en *Revista Persona y Sociedad* (Vol. XXV, N°2), pp. 73-99.

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), pp. 145-166.

Díaz de Valdés, José (2010). “El descuidado derecho a la participación política: ¿Qué nos puede aportar el derecho internacional?”, en Kamel Cazor y Carolina Salas (coords.), *Estudios Constitucionales* (Santiago, Librotecnia) pp. 83-124.

Espejo, Nicolás (2015): “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en *Primeras Jornadas de Derecho Familiar* (Santiago, Thomson Reuters) (en prensa, manuscrito en poder de los autores).

Estévez Araujo, José Antonio (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta.

Freeman, Michael D. (2006): “Tomando más en Serio los Derechos de los Niños”, en *Revista de Derechos del Niño* (N°3-4), pp. 251-279.

Guerra, Eliana (2002), “Citizenship knows no age: children’s participation in the governance and municipal Budget of Barra Mansa, Brazil”, en *Environment & Urbanization* Vol. 14 No 2.

Hart, Roger (1987), “Children’s participation in planning and design: theory, research, and practice”, en Carol Weinstein y Thomas David (eds.), *Spaces for Children: the built environment and child development* (Nueva York-Londres, Springer).

Limber, Susan y HEVENER, Natalie (2002). “Civic participation by children and youth”, en Natalie Hevener e Irene Rizzini (eds.) *Globalization and Children. Exploring potentials for enhancing opportunities in the lives of children and youth* (Nueva York, Kluwer Academics).

Lovera, Domingo (2009a). “Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño* (N°11), pp. 11-54.

(2009b). “Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 6 de marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de abril de 2009”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°12), pp. 215-225.

(2015). “Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas”, en *Los derechos de los niños, una orientación y un límite* (N°3).

(2016). “Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes”, manuscrito en poder de los autores.

Marshall, Pablo (2012). “Notas sobre los modelos para la extensión de la ciudadanía”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* (N°2), pp. 119-143.

Martínez Pichardo, José (1999), “Lineamientos para la investigación jurídica”, (México, Editorial Porrúa, 285 pp.).

Ortiz, Santiago (2004), *Cotacachi: una apuesta por la democracia participativa* (Quito, FLACSO).

Palma, Eric y ELGUETA, María Francisca (2010), *La investigación en ciencias jurídicas y sociales* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 373 pp.).

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), pp. 1-27.

(2013), *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard* (Abingdon, Routledge).

Pyerín, Carolina y WEINSTEIN, Marisa (2015). "La Participación e influencia de niños, niñas y adolescentes en políticas públicas en Chile", en *Hacia un marco de protección integral de la niñez y adolescencia* (Julio Cezar Dantas, Anuar Quesille y Sergio Rodríguez eds., UNICEF, Santiago).

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* (Nº9), pp. 43-55.

Satomi, Aurea (2010), "Conferência de direitos ou plano decenal?", en *Serv. Soc. Soc. São Paulo* (Jan./Mar), No. 101.

SENAME (2010), *Participación de niños, niñas y adolescentes: una experiencia conjunta de Chile, Ecuador y Paraguay, a 20 años de la Convención* (Santiago), disponible en: http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/Libro_Sename_Participacion.pdf

Solari, Gina (2013), *Promoción de la participación de niños, niñas y adolescentes: Experiencias en Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú y Uruguay* (Montevideo, Save the Children).

Torney-Purta, Judith et al. (2001). *Citizenship and Education in Twenty-eight Countries. Civic Knowledge and Engagement at Age Fourteen* (Amsterdam, The International Association for the Evaluation of Educational Achievement).

UNICEF (2007): *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (UNICEF, Ginebra 3ª ed.).

UNICEF Chile (2015), "La Participación e Influencia de Niños, Niñas y Adolescentes en Políticas Públicas en Chile: Hacia un Marco de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia", Serie reflexiones: infancia y adolescencia, disponible en: <http://unicef.cl/web/serie-reflexiones-infancia-y-adolescencia-n21-la-participacion-e-influencia-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-politicas-publicas-en-chile-hacia-un-marco-de-proteccion-integral-de-la-ninez-y-ad/>

Vio, Eduardo (2010). "La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras", en *Anuario de Derecho Público* (Nº 1), pp. 343-57.

Wall, John (2011), "Can democracy represent children? Toward a politics of difference", *Childhood*, Vol. 19(1).