

Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes Agencia presente y futura



Opinión Experta

Domingo A. Lovera Parmo
Profesor asociado Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

contexto+

Resumen

Este trabajo aborda el reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes (NNA) en una nueva constitución*. Para ello, (1) comienza ofreciendo un breve marco teórico para situar la demanda por reconocimiento de los derechos de NNA desde la perspectiva constitucional. Enseguida, (2) da cuenta del panorama local, el que, como se verá, dista de ser satisfactorio. Por último, (3) ofrece algunas ideas relativas a los criterios que debieran gobernar el reconocimiento constitucional de NNA. En términos generales, se dirá que ese reconocimiento debiera respetar los criterios de visibilidad, cuán presente están NNA en un esquema constitucional, agencia, es decir su inclusión en tanto sujetos de derechos autónomos e independientes, y exigibilidad, que se refiere al espectro de medidas que permitan la realización efectiva de sus derechos.



* Esto no quiere decir, desde luego, que la discusión de una nueva constitución deba tratar el reconocimiento de NNA como una cuestión independiente de las otras formas de constitucionalización de las relaciones de familia, incluidos los derechos-deberes parentales que son cruciales a la hora de edificar un marco constitucional que coordine adecuadamente el deber de cuidado y protección de NNA (Espejo 2020, pp. 578-80; 587-90).

Palabras Clave:

Derechos de la Infancia; derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; derechos de la niñez.

1. Introducción

Las constituciones, esto es lo que suele decirse, son pactos intergeneracionales. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que las decisiones que en ellas se contienen no solo impactarán, o se espera que no solo impacten, a la generación que actualmente las discute, redacta y decide, sino que lo harán, también, en las próximas generaciones. Las que están por venir, pero que aún no existen. En efecto, las constituciones tienen pretensión de estabilidad en el tiempo. Contrario a lo que suele afirmarse, en todo caso, ello no debe empujar a intentar petrificar su existencia. Antes bien, parte importante de sus reglas institucionales deben deambular en torno a una sana paradoja: la de crear herramientas que permitan el autogobierno democrático, por una parte, y la de crear instituciones y procedimientos que puedan pervivir a las mayorías transitorias, de otra¹. Solo ello podrá demostrar una genuina preocupación por quienes están por venir y un respeto, a un tiempo, respecto de su propia agencia política. De allí que la decisión constitucional — este es el punto de partida de este trabajo — debe incluir los intereses y la protección de los derechos no solamente de quienes hoy viven el momento constituyente, sino que colocar la vista, además, en quienes tendrán a su cargo la implementación de la decisión constitucional².

-
1. En ese sentido, si se viera a las constituciones como una herencia que se deja a las futuras generaciones, así como quien lega bienes pero también deudas, en el contexto de nuestras democracias esa herencia debe dejar espacio suficiente para que las futuras generaciones puedan moverse con relativa libertad al amparo de esas reglas y también poder revisarlas (incluso) en su completitud (Hutchinson y Colon-Rios 2011). Podríamos decir que el denominado Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución del 15 de noviembre de 2019 cumple con ese último objetivo, al haber gatillado — y antes que ese acuerdo, las protestas constituyentes — una reforma constitucional que habilitó la revisión total del texto de 1980.
 2. A nivel doméstico este ha sido un punto de vista notoriamente ausente, salvo para realizar el énfasis corriente — pero a veces sin justificación — sobre cómo las constituciones sirven para que una generación se ate a sí misma y a las futuras (Peña 2020a: p. 222), o incluso para reclamar el deber de honrar (“lealtad crítica”) las tradiciones pasadas al momento de adoptar la decisión actual (García 2020).

Sin embargo, este acercamiento, que no es novedoso en el constitucionalismo – desde los orígenes del constitucionalismo moderno se ha discutido si una generación puede comprometer a otra (Holmes 1999) – suele adoptar un cierto tono paternalista (Haberle 2009: pp. 21-2) y/o a enfocarse en las condiciones (materiales y naturales) de vida de las generaciones futuras, como en el caso del ‘constitucionalismo verde’ (Hervé y López 2020: p. 213; Haberle 2009: pp. 19-22; Gosseries 2008: p. 32)³. En ambos casos se trataría de una forma de justicia entre generaciones, para ocupar la expresión de Haberle (2009: p. 18), que, aunque no suponga necesariamente la imposición de estructuras institucionales incapacitantes (Holmes 1999: p. 247), de las que el texto de 1980 es un buen ejemplo (Heiss 2020: pp. 45-66; Atria 2013), termina postergando la agencia política de las futuras generaciones⁴. Esto, que es generalmente lo que acontece con las futuras generaciones⁵, es todavía más grave tratándose de NNA. Pues mientras en el caso de las futuras generaciones su falta de voz se debe a su inexistencia, en el caso de NNA su invisibilización ocurre aun con ellos y ellas entre nosotros y a pesar del importante rol que les ha cabido en la activación de la discusión constituyente (Ruiz 2020: pp. 13-7; Lovera 2020).

Es momento de remediar ese acercamiento⁶.

Si las constituciones son en verdad pactos intergeneracionales, entonces NNA deben ser especialmente tomados en cuenta. Más allá del hecho de que representen cerca del 25% de la población actual (CIDENI 2019: p. 6), porque en ellos y ellas reposará el desarrollo de la nueva constitución y tendrán a su cargo la implementación democrática de los acuerdos que hoy día alcancemos⁷. En otras palabras, tratándose de NNA – así como de otros grupos sociales, desde luego – no hay razones que puedan esgrimirse para colocarlos al margen

3. No son las únicas áreas en las que se ha invocado esta idea. Este criterio de equidad constitucional, como podríamos denominarlo, se ha dicho que una de las razones que justificarían algunos estreñimientos en materia de gasto fiscal, precisamente, por el deber de justicia y respeto hacia las futuras generaciones de permitirles contar con recursos que les ayuden al desarrollo de la decisión constitucional y de sus ideales de justicia y política. En otras palabras, se trataría de arreglos institucionales orientados a permitir la distribución de la deuda y los disfrutes de la misma entre diferentes cohortes generacionales (Azariadis y Galasso 2002).
4. Un buen ejemplo lo presenta, no obstante su ánimo protector, el art. 11 de la Constitución de Japón. Allí se dispone que: “No se impedirá a las personas el disfrute de ninguno de los derechos humanos fundamentales. Estos derechos humanos fundamentales garantizados al pueblo por esta Constitución serán conferidos al pueblo de esta y futuras generaciones como derechos eternos e inviolables”.
5. Sin embargo, Gosseries ofrece interesantes propuestas para traer al presente la voz de las generaciones que hoy no la tienen porque no existen, pero existirán, como lo sería la creación de arreglos representativos (sustantivos y procedimentales). Sin embargo, está pensando, todavía, en quienes aún no existen (2008: pp. 35-6). De todas formas parece relevante enfatizar que, reconocimientos constitucionales o políticos respecto de las futuras generaciones, pueden traer importantes efectos vinculantes al día de hoy. Un tribunal inglés, por ejemplo, declaró ilegal hace cosa de un par de meses la ampliación del (ya altamente congestionado) aeropuerto londinense de Heathrow. Para hacerlo, sostuvo, entre otras razones, que la ampliación importaría niveles de congestión ambiental y de polución que, junto con colocar en riesgo la posibilidad de que las generaciones futuras “pudieran satisfacer sus necesidades”, importaba una afectación del compromiso del gobierno de ese país de cara al Acuerdo de París. *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport* [2020] EWCA Civ 214.

del nosotros y nosotras que eventualmente declarará ser el sujeto que otorga la nueva constitución para Chile. En ello lleva razón Haberle – aunque no está pensando en NNA – cuando afirma que la mirada intergeneracional de lo constitucional abre el camino para la configuración dinámica (o reflexiva) del pacto social y de la noción misma de pueblo (2009: pp. 31-3).

Por supuesto que las razones que la idea de constituciones como pactos intergeneracionales proveen no son las únicas en favor del reconocimiento constitucional de NNA. En efecto, es necesario ampliar la mirada para incluir el diverso rango de intereses de NNA “aquí y ahora” y no como “versiones menores de vidas adultas o estaciones de paso en el camino hacia la adultez autónoma” (Dailey y Rosenbury 2018: p. 1451). La primera de esas razones apunta al reconocimiento constitucional de los derechos de NNA como una forma de comenzar a delinear su inclusión en tanto agentes políticos y constitucionales significativos. Ello debe traducirse en su inclusión visible en el futuro esquema constitucional, en el reconocimiento de una agencia adecuada y en la efectividad (judicial y de otro tipo) de los derechos que sean reconocidos para NNA, así como de los deberes estatales (y de otro tipo) correlativos (O’Mahony 2020: pp. 874; 2019).

Si uno de los déficits democráticos que afecta hoy a NNA es su exclusión del derecho a sufragio, entonces el reconocimiento de sus derechos ofrece (o debiera abrir espacios para configurar) una red de protección que opere ante su exclusión de la política formal (O’Mahony 2020: p. 875). En otras palabras, el reconocimiento de derechos constitucionales para NNA, en especial los derechos a la participación, deberían colaborar – aunque desde luego no resolver del todo – en la configuración de una ciudadanía para la infancia, esto es, como una forma de interacción y ejercicio de poder po-

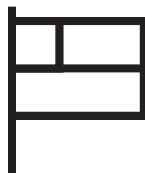
6. Esto, por supuesto, debiera tener un correlato en el desarrollo del proceso constituyente en curso. En términos formales, el Estado de Chile ha obviado la participación incidente de NNA. En el Congreso Nacional se encuentra pendiente un proyecto de ley que busca asegurar alguna forma de intervención que se canalizaría a través de los establecimientos educacionales (Boletín N° 14012-04), lo que si bien es un avance sigue siendo insuficiente. Debe anotarse que el Comité de Derecho del Niño pidió información al Estado de Chile respecto a “[l]as medidas adoptadas para promover y asegurar la participación de los niños en el proceso consultivo previo a la elaboración de la nueva constitución” (2020: párr. 11.a)
7. Algo explica que, de hecho, depositemos en la escuela “funciones de formación de la ciudadanía, enseñando las virtudes que son propias de la democracia” (Peña 2020b: p. 77).

lítico (Nolan 2010: pp.774-5). En efecto, como dice Nolan, esto parece ser una demanda urgente que, si no se aborda de modo adecuado, puede terminar comprometiendo la legitimidad democrática de las decisiones que afectan a NNA (2010: p. 782).

En segundo lugar, el reconocimiento constitucional de NNA se hace necesario no solo por los efectos simbólicos que ese reconocimiento acarrea al legitimar los discursos políticos en favor de sus derechos y agencia. Sino que también para evitar la subordinación a la que NNA son empujados, ya sea en (*dentro o bajo*) los derechos de los adultos en general o de sus padres y madres en particular (O'Mahony 2020: pp. 872-3). Esta es una razón propiamente jurídica y una consecuencia del aspecto legal de las constituciones. Por cierto, y como se ha señalado más arriba (n.1), esto no quiere decir que el reconocimiento de los derechos de NNA deba verse al margen, menos en contraposición, al reconocimiento de los derechos parentales y otras formas de constitucionalización de las relaciones de familia. Sí quiere decir, en cambio – y anotando que esta ha sido la regla general en Chile (como se verá en la sección 2) – que la falta de reconocimiento expreso podría traer perjuicios para la adecuada protección de sus derechos y su agencia. Por ejemplo, mientras en el actual texto constitucional no hay mención alguna a NNA, sí se contempla el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos (art. 19 N° 11 inc. 4°), el que suele leerse con especial amplitud frente a cualquier iniciativa que pretenda mejorar el estatus legal de NNA. Un esquema tal, que mezcla ausencia de reconocimiento de los derechos de NNA y reconocimiento constitucional de derechos parentales, bien podría explicar tanto la subordinación de los intereses de NNA como constituirse en una barrera para la protección independiente de sus derechos (O'Mahony 2020: p. 873; Sloth-Nielsen y Oliel 2019: pp. 6-9)⁸.

-
8. Irlanda aprobó en un plebiscito celebrado en 2012 la inclusión del reconocimiento constitucional de NNA. Entonces se sostuvo que una de las razones que podría explicar el abanico de abusos al que eran sometidos NNA, incluidos los sexuales cometidos por la iglesia, era la falta de reconocimiento expreso de sus derechos (McGing 2014: pp. 471-2). En el caso de Chile, debe anotarse que en 2018 el Comité de Derechos del Niño identificó una violación grave y sistemática de los derechos de NNA que se encuentran en centro residenciales bajo control directo e indirecto del SENAME. ¿Cómo podría impactar el reconocimiento constitucional de NNA y sus derechos en un estado de cosas tal? El Comité indicó que uno de los derechos de NNA severamente afectados era el derecho a expresar su opinión y ser escuchados. En esa violación – como en las otras, desde luego – resulta clave la invisibilización político-jurídica de NNA quienes, sostuvo el informe, no eran informados de las razones por las que estaban en las residencias, no se les ofrecían canales de comunicación con las autoridades pertinentes, como jueces y juezas, ni menos vías procedimentales para presentar quejas y reclamos (Comité de Derechos del Niño 2018: pp. 10-1)

2. El panorama nacional



Chile es, junto a Uruguay, el único país de Sudamérica que no menciona a niños, niñas y adolescentes en su constitución⁹. Uruguay, sin embargo, cuenta con una ley de protección integral de la infancia. Chile no. De Sudamérica, Chile es el único país sin protección integral de la infancia, que son leyes que fueron promulgándose entre los países vecinos siguiendo la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En la región, Chile se suma a Cuba, Haití y Panamá que tampoco cuentan con leyes de protección integral de la infancia. A nivel regional tampoco cuentan con reconocimiento constitucional Costa Rica, El Salvador, Guatemala (todos países con leyes posteriores a la CDN) y Panamá (país con el que, para estos efectos, estamos a la par: sin reconocimiento constitucional y sin ley de protección integral).

Durante octubre de 2019 se terminó de discutir y se rechazó un proyecto de reforma constitucional que buscaba reconocer a NNA. El proyecto (Boletines N° 8167 y 11700) iba bien encaminado, pero no era suficiente. Incluía un deber general de protección de NNA y un reconocimiento específico de derechos en el actual capítulo III (art. 19 De los Derechos y Deberes Constitucionales). Así, a nivel general el proyecto proponía incluir un inciso final al art. 1° del actual texto constitucional en donde se definen los deberes generales del Estado de Chile. Lo hacía en los siguientes términos:

“También es deber del Estado velar especialmente por la protección de niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derecho, res-

9. En esto, el país se mantiene al margen de una tendencia que se ha venido desarrollando desde 1989 (O'Mahony 2019: pp. 405-6).

guardando su interés superior y autonomía progresiva”.

A nivel más especial, el proyecto proponía el reconocimiento de derechos en el siguiente tenor:

“Artículo 19 bis.- La Constitución asegura a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y goce de sus derechos, particularmente los reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El Estado fomentará la concurrencia de las familias y la sociedad en la promoción, respeto y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

La Ley establecerá un sistema de protección integral de los derechos de la niñez.”.

3. Aspectos prioritarios del reconocimiento constitucional de NNA en una Nueva Constitución



Según se ha indicado, no es irrelevante la forma en que la constitución se refiere a NNA. El panorama comparado exhibe una variada forma de mencionarlos, no todas las que necesariamente colocan el énfasis en su reconocimiento en tanto agentes constitucionales significativos, es decir, no todas esas menciones les aseguran respeto legal (Espejo 2017: pp. 28-9). Así, en varias de las constituciones

que los y las mencionan a veces se hace a propósito de las facultades parentales o en tanto objetos de protección — como se sabe, el enfoque que la CDN buscó modificar —. Así, un ejemplo del primer enfoque se encuentra en el art. 7.2 de la Ley Fundamental Alemana, que señala que padres y guardadores tienen el derecho de decidir acaso sus hijos deben recibir educación religiosa. Un ejemplo del segundo tipo de cláusulas lo ofrece el art. 65 de la Constitución de Croacia, conforme al que “todos tienen el deber de proteger a los niños y personas desvalidas,” sin que se detalle — de hecho no se menciona — acaso esa protección entraña el reconocimiento constitucional de derechos.

Por ello es que un reconocimiento genuino con un enfoque de derechos debiera considerar los tres criterios que O’Mahony ha identificado. Visibilidad, conforme al que debe evaluarse cuán presente están NNA en un esquema constitucional y cuáles derechos están expresamente reconocidos. Agencia, conforme al que no basta con las menciones a sus derechos, sino que debe enfatizarse, además, el carácter de NNA en tanto sujetos de derechos autónomos e independientes. Y exigibilidad, que se refiere al espectro de medidas (judiciales y de otro tipo, incluidas las institucionales) que permitan la realización efectiva de sus derechos (O’Mahony (2019: p. 402).

Sobre esta base, el reconocimiento constitucional de NNA debiera tener en cuenta los siguientes aspectos como fundamentales. En primer término, (1) debe hacerse mención expresa al deber prioritario del Estado de proteger a NNA. No se trata, en consecuencia, solo de un deber especial, sino que uno primordial y calificado¹⁰. En segundo lugar, (2) el reconocimiento de los derechos de NNA debe realizarse en tres niveles.

10. En la región hay países que han optado por distintos niveles de intensidad al reconocer la prioridad en la protección de los derechos fundamentales de NNA. Algunos han adoptado modelos de prioridad relativa y otros fuerte (Cillero 2017: pp.70-1; 76-9). Sobre la posibilidad de que un reconocimiento tal de lugar a una forma de jerarquía al interior del esquema constitucional (aunque no está pensando en derechos de NNA), Roznai (2017: pp. 144-148).

(a) A nivel de bases de los deberes estatales o de principios de organización política del Estado — esto es lo que el frustrado proyecto intentó hacer al buscar modificar el art. 1º del actual texto constitucional —. La experiencia doméstica y comparada muestra que, no obstante ello puede tener algún impacto en la definición de las obligaciones constitucionales del Estado, su peso normativo termina siendo relativo.

De allí que se hace necesario, además, (b) incluir un reconocimiento expreso de los derechos de NNA — algo que también buscaba el frustrado proyecto, al incluir un bis en el art. 19 —. Esta inclusión, desde luego, posee un mayor peso normativo en la resolución de colisiones de derechos fundamentales o a la hora de evaluar las regulaciones que el Estado desarrolle en virtud de intereses generales dignos de protección (como las medidas de protección de NNA, control del delito, etc.). Por cierto que un reconocimiento tal se ve fortalecido al ser incluido dentro de los derechos que se encuentran amparados por las acciones de protección constitucional que vienen a garantizar la promoción y tutela de los derechos constitucionales o, lo que no es lo mismo, incluyendo formas de ejecución de esos reconocimientos como una institucionalidad adecuada de protección de sus derechos (dentro de las que pueden enumerarse las diferentes formas de defensoría de los derechos de NNA).

Tratándose de NNA la posibilidad de exigibilidad (judicial o de otro tipo) resulta crucial¹¹. Aunque es cierto que un primer nivel de reconocimiento constitucional va a ser relevante al traer de la mano una inclusión expresa de NNA en tanto agentes constitucionales significativos, su exclusión del sufragio (el déficit democrático) y el hecho de que sean corrientemente excluidos de la toma de decisiones aconseja avanzar en medidas concretas de exigi-

11. Este es un aspecto de especial relevancia: si tratándose del reconocimiento de derechos (y en particular de los tribunales como arreglo institucional cargo de su protección) se ha reclamado que estos podrían importar una forma de defraudación del proceso político democrático (Waldron 1993), mal que mal las personas encuentran en el derecho a participar la capacidad legal para participar de las deliberaciones colectivas que un modelo de derechos fundamentales traicionaría, en el caso de NNA — excluidos de esa deliberación — ese reclamo no está disponible. Una elegante defensa en este sentido puede encontrarse en Cillero (2017: pp. 71-6).

bilidad (O'Mahony 2019: pp. 409-10). Esto quedaba sin respuesta en el proyecto en comento, el que no proponía modificación alguna del art. 20 ni contemplaba menciones expresas a NNA en otros ámbitos (como el del reconocimiento específico de derechos o en materia de arreglos institucionales)¹².

Todavía respecto al reconocimiento expreso de los derechos de NNA, es necesario que la cláusula de derechos sea más robusta que la que el proyecto de reforma constitucional intentaba, incluyendo el deber estatal de protección de la infancia frente a toda forma de abuso, explotación y violencia. De esta manera, una cláusula debiera incluir (i) el reconocimiento y protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes; la titularidad de todos sus derechos, tanto los establecidos por la constitución como por los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile; así como el resguardo y promoción de su desarrollo integral y la promoción de su bienestar. Puede tomarse como ejemplo el art. 104 de la Constitución del Reino de Noruega, de acuerdo al que,

“Los niños tienen derecho a que se respete su dignidad humana. Tienen derecho a ser escuchados en las cuestiones que les conciernen, y se tendrá debidamente en cuenta su opinión en función de su edad y desarrollo.

En las acciones y decisiones que afecten a los niños, el interés superior del niño será una consideración fundamental.

Los niños tienen derecho a la protección de su integridad personal. Las autoridades del Estado crearán las condiciones que faciliten el desarrollo del niño, incluso garantizando que se le proporcione la seguridad económica, social y sanitaria necesaria, preferentemente en el seno de su propia familia.”

12. Por supuesto que la evaluación adecuada de la exigibilidad de los derechos de NNA, allí donde son reconocidos, depende de una mirada de conjunto. Así, si una regulación constitucional reconoce derechos fundamentales constitucionales generales y específicos de NNA, pero solo confiere mecanismos de protección judicial de emergencia para los primeros, entonces incurre en una distinción que merece especial escrutinio.

(ii) Del mismo modo, debiera reconocer expresamente el deber estatal de proteger a NNA contra toda forma de violencia, explotación y maltrato, incluido el castigo corporal¹³ – una causa que impide el adecuado desempeño de funciones de cuidado (Lathrop 2017: p. 104) y una contradicción en el contexto de crecientes reproches que se formulan contra las distintas formas de violencia intrafamiliar (Couso 2004) –.

Finalmente, (c) la mayor protección de los derechos de grupos sociales en condiciones de marginación política y social, como NNA, requiere que se realicen reconocimientos específicos en los diferentes derechos que se consagran a nivel constitucional, y eventualmente a propósito de los deberes de las instituciones estatales con reconocimiento constitucional que tengan un impacto significativo en la suerte de NNA. Aquí, la propuesta es ‘desperdigar’ el reconocimiento de derechos de, o la referencia los deberes estatales para con, NNA. Incluso cuando se trate de derechos que inevitablemente son de especial relevancia (aunque no solo) para NNA, como la educación. La referencia expresa a NNA, entonces, se hace necesaria tanto por las razones de visibilidad y agencia antes indicadas, como por la falta de enfoque específico desde la infancia en que se use incurrir al reconocer e implementar otros derechos como los sociales¹⁴.

Algunos ejemplos los vemos en las siguientes disposiciones: Art. 75 N° 23 de la Constitución de la Nación Argentina, conforme al que,

“Corresponde al Congreso:

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre dere-

13. Hoy día en Chile, el art. 234 del Código Civil reconoce la facultad de “los padres...de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”. Michael Freeman ha argumentado persuasivamente sobre cómo el castigo corporal, en todas sus dimensiones, importa una forma de afectación de la dignidad e interés superior de NNA (2010). Además, ha señalado que el castigo corporal al que se somete a NNA – aunque existe una tendencia a ir declarando esta facultad como ilegal – representa uno de los principales obstáculos de cara al reconocimiento de un estatus significativo para NNA. En efecto, el castigo corporal sería una consecuencia del estatus disminuido en el que se encuentran NNA (Freeman y Saunders 2014). En 2014 un grupo de senadores y senadoras presentaron un proyecto de ley buscando declarar ilegal el castigo físico hacia NNA (Boletín N° 9488-07). Desde entonces se encuentra en primer trámite constitucional.

14. Aquí también los derechos e intereses de NNA suelen colocarse detrás de la familia y el reconocimiento de los derechos a personas adultas, que son, además, a las que se les imputa indirectamente el deber de satisfacer los derechos sociales de NNA en circunstancias que el responsable de tal deber es el Estado (Nolan 2013). Por supuesto que es la misma condición de invisibilización y menosprecio político que afecta a NNA la que, además, impacta su disfrute de un nivel e vida adecuado (Nolan y Pells 2020: p. 119; Nolan 2020: pp. 406-7).

chos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

En el caso de la Constitución Política de Colombia, su art. 50 dispone que,

“Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

Finalmente, el art. 57 N° 10 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que,

“Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

Otra alternativa es la de adoptar el camino seguido por Sudáfrica, cuya cláusula de reconocimiento constitucional de NNA, junto con deberes generales, menciona áreas especiales relativas a otros derechos constitucionales generales donde el deber de resguardo de NNA se torna primordial o calificado. Se lee así en la sección 28:

“Niños, niñas y adolescentes¹⁵.

1. Todo niño tiene derecho

a. a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento;

15. El texto de la constitución sudafricana ocupa la palabra ‘children’.

b. al cuidado de su familia o de sus padres, o a un cuidado alternativo apropiado cuando sea retirado del entorno familiar;

c. a una alimentación básica, a un alojamiento, a servicios sanitarios básicos y a servicios sociales;

d. a ser protegidos de los malos tratos, la negligencia, el abuso o la degradación;

e. a ser protegidos de las prácticas de explotación laboral;

f. a que no se les exija o permita realizar trabajos o prestar servicios que

i. sean inapropiados para una persona de su edad; o

ii. pongan en peligro el bienestar, la educación, la salud física o mental o el desarrollo espiritual, moral o social del niño;

g. a no ser detenido salvo como medida de último recurso, en cuyo caso, además de los derechos de que goza el niño en virtud de los artículos 12 y 35, sólo podrá ser detenido durante el período más breve posible, y tendrá derecho a ser;

i. estar separado de los detenidos mayores de 18 años; y

ii. ser tratado y mantenido en condiciones que tengan en cuenta la edad del niño;

h. a que el Estado le asigne un abogado, y a expensas del Estado, en los procedimientos civiles que afecten al niño, si de otro modo se produjera una injusticia sustancial; y

i. a no ser utilizado directamente en conflictos armados, y a ser protegido en tiempos de conflicto armado.

2. El interés superior del niño es de importancia primordial en todo asunto que le concierna.

3. En esta sección, se entiende por ‘niño’ una persona menor de 18 años.”

Con menor extensión, pero en la misma línea – aunque cómo vimos, también menciona específicamente los derechos de NNA en otros ámbitos, como el de la seguridad social – el art. 44 de la Constitución Política de Colombia dispone que,

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”



Referencias:

Atria, Fernando. 2013. *La Constitución Tramposa* (Santiago: LOM Ediciones).

Azariadis, Costas y Galasso, Vincenzo. 2002. "Fiscal Constitutions", *Journal of Economic Theory* 103, pp. 255-281.

CIDENI. 2019. *¿Cómo ha cambiado la infancia en Chile? Análisis comparado de los datos censales 1992-2017* (Santiago: CIDENI).

Cillero, Miguel. 2017. "El interés superior del niño: apuntes para su reconocimiento constitucional", en Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Santiago: UNICEF), pp. 47-80.

Comité de Derechos del Niño. 2018. *Informe de la investigación en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. CRC/C/CHL/INQ/1.*

– 2020. *Lista de cuestiones previa a la presentación de los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile. CRC/C/CHL/QPR/6-7.*

Couso, Jaime. 2004. "La otra violencia. Poder Penal Doméstico sobre los niños en el Derecho chileno" en Roberto Saba (ed.), *Violencia y Derecho* (Buenos Aires: Ediciones del Puerto), pp.131-171.

Dailey, Anne y Rosenbury, Laura. 2018. "The new law fo the child", *The Yale Law Journal*, vol. 127, N° 6, pp. 1448-1537.

Espejo, Nicolás. 2017. "El reconocimiento de la infancia y de los derechos d los niños en la Constitución de la República", en Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Santiago: UNICEF), pp. 11-43.

– "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch), pp. 571-602.

Freeman, Michael. 2010. *Upholding the dignity and best interest of children: international law and the corporal punishment of children*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 73, N° 2, pp. 211-251.

Freeman, Michael y Saunders, Bernadette. 2014. "Can we conquer child abuse if we don't outlaw physical chastisement of children?", *The International Journal of Children's Rights*, vol. 22, N° 4, pp. 681-709.

García, José Francisco. 2020. "La Constitución como pacto intergeneracional", *Revista Mensaje*, N° 364, pp. 13-14.

Gosseries, Axel. 2008. "Constitutions and Future Generations", *The Good Society*, vol. 17, N° 2, pp. 32-37.

Haberle, Peter. 2009. "Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional", *Lecciones y ensayos*, N° 87, pp. 17-37.

Heiss, Claudia. 2020. ¿Por qué necesitamos una nueva constitución? (Santiago: Aguilar).

Hervé, Dominique y López, Gianni. 2020. “El medio ambiente y el desafío de una nueva constitución”, en Rocío Lorca et al. (eds.), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución* (Santiago: La Pollera), pp. 199-214.

Holmes, Stephen. 1999. “El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia”, en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y Democracia* (México D.F., Fondo de Cultura Económica), pp. 217-262.

Hutchinson, Allan y Colon-Rios, Joel. 2011. “Constituciones duraderas. Una crítica democrática”, en *Anuario de Derecho Público 2011*. (Santiago: Ediciones UDP), pp. 437-460.

Lathrop, Fabiola. 2017. “Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña y adolescente”, en Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Santiago: UNICEF), pp. 83-107.

Lovera, Domingo. 2020. “El camino constituyente de los pingüinos. Ensayo y aprendizaje”, en Rocío Lorca et al. (eds.), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución* (Santiago: La Pollera), pp. 147-162.

McGing, Claire. 2014. “The Children’s Referendum 2012”, *Irish Political Studies*, vol. 29, N° 3, pp. 471-479.

Nolan, Aoife. 2010. “The child as ‘democratic citizen’: challenging the ‘participation gap’”, *Public Law*, N° 4 (October), pp. 767-782.

– 2013. “Economic and social rights, budgets and the Convention on the Rights of the Child”, *International Journal of Children’s Rights*, vol. 21, N° 2, pp. 248-277.

– 2020. “Poverty and Children’s Rights”, en Jonathan Todres y Shani M. King (eds.), *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law* (Oxford: Oxford University Press), pp. 405-425.

Nolan, Aoife y Pells, Kirrily. 2020. “Children’s Economic and Social Rights and Child Poverty: The State of Play”, *International Journal of Children’s Rights*, vol. 28, N° 1, pp. 111-132.

O’Mahony, Conor. 2019. *Constitutional Protection of Children’s Rights: Visibility, Agency and Enforceability*, *Human Rights Law Review*, vol. 19, N° 3, pp. 401-434.

– 2020. “The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children’s Rights”, en James G. Dwyer (ed.), *Oxford Handbook of Children and the Law* (Oxford: Oxford University Press), pp. 871-896.

Peña, Carlos. 2020. *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional* (Santiago: Taurus).

– 2020b. *El desafío constitucional* (Santiago: Taurus).

Roznai, Yaniv. 2017. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers* (Oxford: Oxford University Press).

Ruiz, Carlos. 2020. *Octubre Chileno. La irrupción de un nuevo pueblo* (Santiago: Taurus).

Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle. 2019. “Constitutionalising Children’s Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe”. *Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk e.V.*, vol. 7.

Waldron, Jeremy. 1993. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, N° 1, pp. 18-51.