



# La constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina



Nicolás Espejo Yaksic  
Domingo Lovera Parmo  
*Editores*



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN



# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA

Nicolás Espejo Yaksic  
Domingo Lovera Parmo  
*Editores*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

**tirant lo blanch**  
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/).

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502  
Hipódromo, Cuauhtémoc  
06100 Ciudad de México  
Telf.: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1169-337-0  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com).  
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## **Chile**

---

Ximena Gauché Marchetti\*

Domingo Lovera Parmo\*\*

\* Abogada y doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción, Chile.

\*\* Abogado y doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

SUMARIO: A. Introducción; B. Contexto institucional chileno e infancia y adolescencia; C. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno; D. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; E. Jurisprudencia chilena: una constitucionalización incipiente; I. Tribunal constitucional; II. Jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales; 1. Interés superior de la niña, niño o el adolescente; 2. Derecho a la identidad; 3. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; 4. Derecho a la participación y derechos políticos; 5. Derecho a la vida; 6. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; 7. Derecho a la salud; F. Conclusiones.

## **A. Introducción**

Al iniciar el segundo semestre de 2022, Chile es uno de los dos países de Sudamérica que no tiene mención alguna a los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA) en su texto constitucional. Además, y a diferencia del otro caso —el uruguayo, que tampoco dispone en su Constitución alguna referencia a la infancia—, Chile no contaba hasta hace poco tiempo con una legislación integral de protección de la infancia, del tipo de legislaciones que comenzaron a aprobarse a partir de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Esto cambió a comienzos de 2022 con la aprobación de la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuya tramitación se había iniciado en 2015.<sup>1</sup> En el ámbito constitucional, en tanto, el último intento por reconocer los derechos de niños, niñas y adolescentes se había visto frustrado en 2019, cuando el Poder Legislativo rechazó el

---

<sup>1</sup> Boletín N° 10.315-18.



proyecto de reforma constitucional que apuntaba a reconocer garantías y derechos de NNA.<sup>2</sup>

En tiempos recientes, el proceso constituyente que derivó a partir del denominado "estallido social", una serie de protestas masivas realizadas a lo largo de todo Chile, tampoco ha significado un cambio normativo constitucional. En efecto, la propuesta de texto elaborada por la Convención Constitucional, órgano paritario y con escaños reservados para pueblos indígenas compuesto por 154 integrantes, fue plebiscitada el 4 de septiembre de 2022, siendo rechazada por la mayoría de votantes.<sup>3</sup> De acuerdo con las declaraciones de diversos personeros políticos y el compromiso asumido por el gobierno que lidera Gabriel Boric, deberá continuar el proceso constituyente, teniendo como base el amplio resultado a favor de un cambio constitucional logrado en el llamado "plebiscito de entrada" de octubre de 2020.

Para efectos de este capítulo es importante advertir esto, porque el trabajo que acá presentamos ofrece una fotografía de un objeto en movimiento y, aunque daremos breve cuenta de algunas de las innovaciones que contenía la propuesta de nueva Constitución para Chile, este capítulo termina de escribirse sin cambios constitucionales concretos.

Sí haremos referencias a lo que ha acontecido en el ámbito jurisprudencial. Allí, como sostendremos, debemos distinguir entre la denominada jurisdicción constitucional y la jurisdicción de aplicación y protección de derechos fundamentales. Mientras la primera, radicada en el Tribunal Constitucional (TC), ofrece una desinformada doctrina respecto de los derechos de NNA, no obstante, da cuenta de una incipiente constitucionalización. La segunda, en cambio, lidiando con problemas y afectaciones

---

<sup>2</sup> Boletines N° 11.700-07 y 8167-07.

<sup>3</sup> Con 99.99% de las mesas escrutadas, los resultados son entregados por el Servicio Electoral son los siguientes. Para la opción "Apruebo": 4,860,093 votos, correspondiente a 38.14%. Para "Rechazo": 7,882,958 votos, correspondiente a 61.86% Fuente: <https://plebiscitoconstitucional.servel.cl/servel-realiza-balance-del-plebiscito-constitucional/> [Consultado el 13 de septiembre de 2022].

del día a día ha sabido abrirse un camino mucho más consistente con la CDN. Ese camino, finalmente, y contra el fetiche de la justicia constitucional, parece ser todavía más sólido cuando prestamos atención a la jurisprudencia de tribunales ordinarios que, como los de familia (a propósito de disputas que involucran a NNA) o los civiles (como en materia de identidad de género), han sabido mirar con mayor rigor los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pese a estar estos ausentes del texto constitucional.

Por supuesto que este derrotero jurisprudencial se verifica en un cierto entorno institucional. Por ello, la primera parte de este trabajo comienza ofreciendo un rápido recorrido institucional para presentar ciertos contornos del modelo chileno que deben tenerse a la vista. Enseguida, anotamos el modelo de recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos que, como veremos, presenta algunas soluciones domésticas que pueden distar de la situación regional. Esto es relevante, además, para situar adecuadamente la fuerza normativa de la CDN. La siguiente parte de ofrece una mirada al contexto constitucional chileno, incorporando las diferentes apuestas de cambio que entregó la discusión constituyente chilena desarrollada entre julio de 2021 y julio de 2022 en el seno de la Convención Constitucional. Terminamos echando un vistazo a la jurisprudencia relevante sobre derechos constitucionales de NNA. Finaliza el trabajo con algunas conclusiones en las que defendemos la importancia del reconocimiento de los derechos de las niñeces y adolescencias.

## **B. Contexto institucional chileno e infancia y adolescencia**

De acuerdo con el último Censo nacional, realizado en 2017, Chile tiene una población cercana a los 18 millones de habitantes.<sup>4</sup> De esa población al año 2020, según la UNICEF, más de 4 millones de personas tienen

---

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/censos-de-poblacion-y-vivienda>.

entre 0 y 17 años, lo que equivale a 24.2% de la población que habita en Chile.<sup>5</sup> Con índices de pobreza que se ubican alrededor de 0.7% de su población y un índice de capital humano de 0.7, el país se ubica dentro de los países que el Banco Mundial califica como de altos ingresos.<sup>6</sup> Cuenta con un ingreso bruto anual aproximado de USD 253 billones y un ingreso per cápita de USD 13,231. Es, además, país miembro de la OECD desde 2010.<sup>7</sup>

Específicamente en relación con la población menor de 18 años, el Informe 2021 de la Defensoría Nacional de la Niñez confirma la cifra que entregó en 2022 la UNICEF, y aporta datos que muestran realidades frente a las cuales una situación de desprotección en áreas claves para el desarrollo integral de la infancia y la adolescencia es evidente; 16% vive en situación de pobreza por ingresos, casi 17% de las niñas y los niños de entre 0 y 9 años de edad tiene sobrepeso u obesidad; 13% de los niños, niñas y adolescentes viven situación de hacinamiento medio, alto o crítico.<sup>8</sup>

Esta realidad se despliega en Chile a partir de una organización política estructurada por la Constitución vigente.<sup>9</sup> De acuerdo con ese texto,<sup>10</sup> Chile es un Estado unitario cuya administración "será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso" (artículo 3). El país se encuentra dividido en regiones y, pese a las declaraciones del mismo inciso final del artículo 3, la transferencia de poder político desde el Estado central a las regiones ha sido escasa, cuando no inexistente.

<sup>5</sup> UNICEF CHILE. Niños, niñas y adolescentes en Chile 2020. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/3636/file/Cifras%20de%20infancia.pdf>.

<sup>6</sup> Disponible en: <https://data.worldbank.org/country/chile>.

<sup>7</sup> Disponible en: <https://data.oecd.org/chile.htm>.

<sup>8</sup> Informe Anual 2021: derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Defensoría Nacional de la Niñez. Disponible en: [https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021\\_terceraparte\\_ddhh.pdf](https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021_terceraparte_ddhh.pdf).

<sup>9</sup> Véase, en general, Lovera, Domingo, "Chile", en Hübner Mendes, Conrado, Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America Oxford*, Oxford University Press, 2022, pp. 79 y ss.

<sup>10</sup> Decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/ley-chile/navegar?idNorma=242302>.

Esto quiere decir que, no obstante la presencia de otros factores que desde luego están presentes y que explican la concentración que evidencia Chile,<sup>11</sup> desde el punto de vista de su articulación constitucional se ha hecho bastante poco por desconcentrar el poder. Tampoco por reconocer las diferencias culturales y territoriales lo que también impacta en las condiciones de la niñez y la adolescencia. Del total de la población de menos de 18 años, 596,582 niños, niñas y adolescentes pertenecen a pueblos originarios, por citar un dato relevante a esta afirmación.

Desde el punto de vista de ordenación orgánica, ahora, el Estado de Chile es uno de carácter presidencial. En efecto, "[e]l gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado" (artículo 24) y es elegido por medio de sufragio directo, universal y mayoritario. Como suele ser la tendencia en la región, Chile se enmarca en esa tradición que confiere amplias atribuciones al presidente de la república. El Poder Legislativo, por su parte, se encuentra alojado en dos cabezas: la del presidente de la república y el Congreso Nacional. Este es uno de los ámbitos en que con mayor fuerza se evidencia el papel revitalizado que se confiere al presidente de la república. El Congreso Nacional es bicameral: se compone de una Cámara de Diputados y Diputadas, integrada por 155 personas, y el Senado, compuesto de 50 integrantes. Los y las congresales se eligen a través de un sistema electoral proporcional y representativo que sigue la fórmula D'Hondt. El Poder Judicial, por su parte —el único que recibe esa denominación en el texto constitucional, la de poder—, está constituido principalmente por tribunales de justicia independientes, cuya función principal es ejercer la jurisdicción. Esta función se encuentra definida en el artículo 76 del texto constitucional, como "[l]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado".

---

<sup>11</sup> Atienza, M., y Aroca, P., "Concentración y crecimiento en Chile: una relación negativa ignorada", *Revista EURE-Revista de Estudios Urbano Regionales*, 38(114), 2012. Disponible en: <https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/113/571>.

Desde el punto de vista del involucramiento de los tribunales con la Constitución, su defensa y aplicación, Chile exhibe un modelo dual que amerita una breve explicación. Por una parte, el texto constitucional vigente establece un Tribunal Constitucional compuesto por 10 integrantes que son denominados ministros y ministras (artículo 92). Sus atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 93 del texto constitucional y, en lo medular, importan el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Así, estas atribuciones incluyen el control de constitucionalidad de las leyes, de otras normas y la resolución de otros conflictos constitucionales.<sup>12</sup> Sin embargo, no es el único órgano que ejerce funciones en materia de control de constitucionalidad. La Contraloría General de la República, por ejemplo, hace lo propio respecto de los actos de la Administración (artículo 98).

De otra parte, el modelo constitucional chileno dispone de una serie de acciones constitucionales de emergencia cuyo conocimiento está radicado en los denominados tribunales superiores de justicia y no en el Tribunal Constitucional. Se trata de las denominadas acción de protección y el recurso de amparo (o *habeas corpus*). En el caso de la acción de protección, que es la que nos interesa destacar ahora, se encuentra regulada en el artículo 20 del texto constitucional y permite que cualquier persona que a causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias se vea amenazada, perturbada o privada en el ejercicio legítimo de ciertos derechos taxativamente establecidos en la Constitución, pueda echar mano a esta acción cautelar, rápida y eficaz, que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado. La acción se presenta directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva y su decisión puede ser apelada ante la Corte Suprema.<sup>13</sup> Si bien no se trata de una forma de jurisdicción constitucional es una que hace aplicación directa de la Constitución, en especial, de algunos derechos fundamentales.

---

<sup>12</sup> El detalle de estas atribuciones se encuentra en Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, *La Constitución de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 213-235.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 91 y ss.

### **C. Recepción e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho chileno**

Desde 1989 se estableció en la Constitución de 1980 una norma que establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo un deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos, sean los que consagra la propia Constitución, como los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Un ejemplo de tales tratados es la CDN, en vigor internacional el 2 de septiembre de 1990 y que Chile firmó ese mismo año, promulgándola por Decreto núm. 830, de 14 agosto de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicándose como ley de la república en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990.

A partir de este cambio una de las permanentes discusiones en el constitucionalismo chileno ha sido el real alcance de la normativa constitucional en relación con los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados y vigentes por Chile. Dentro de los asuntos cuya discusión ha gatillado esta disposición, se encuentran el debate sobre la incorporación del derecho internacional, el relativo a la jerarquía de los tratados internacionales (Chile carece de una regla expresa a este respecto), la contribución (o no) de los tratados internacionales en la identificación de los derechos fundamentales aplicables en el ordenamiento constitucional nacional y la forma en que los tratados integran (o no) el bloque conforme al que se escrutará la constitucionalidad de las leyes. Las respuestas a cada uno de estos asuntos distan de ser absolutamente claras y se siguen desarrollando, fundamentalmente a partir de la jurisprudencia que ha recogido enfoques doctrinales y que, en general, ha abonado a un ejercicio integrador del derecho internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, la Constitución de 1980 no regula ni sienta las bases, siquiera, de la incorporación del derecho internacional.<sup>14</sup> Tampoco regula, de hecho ni menciona, la incorporación del derecho internacional consuetudinario o común.<sup>15</sup> Ambos aspectos del problema tampoco parecen estar resueltos con la reforma al artículo 54 núm. 1 de la Constitución (que introdujo importantes modificaciones a la forma de aprobación de los tratados internacionales), pese al entusiasmo de algunos.<sup>16</sup>

En segundo lugar, en materia de jerarquía, de todas las tesis que han competido por desentrañar cuál es el escalón del ordenamiento jurídico en el que se ubica a los tratados internacionales sobre derechos humanos, parece haberse impuesto —no sin matices— aquella conforme a la que los tratados poseen una categoría intermedia. Esta categoría supone sostener, a un tiempo, que desde el punto de vista formal los tratados internacionales poseen jerarquía simplemente legal, mientras que, desde el punto de vista sustantivo o material, sus derechos se ubican sobre la ley y, en ocasiones —como veremos enseguida—, pero no siempre se suman a la comprensión constitucional.<sup>17</sup>

Quizá la forma más clara en que esta tesis se ha enunciado, dentro de la discusión que la misma ha suscitado, se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí, para descartar la jerarquía constitucional, el Tribunal ha señalado que, si es el caso que un tratado colisiona con la Constitución, entonces ésta debe ser reformada para que pueda

<sup>14</sup> Fuentes, Ximena, "Una Nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno", Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, FES/Instituto Igualdad/Universidad de Chile, 2015, p. 171.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>16</sup> Ese entusiasmo se matiza en Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, "Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: problemas y desafíos", en *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al profesor Lautaro Ríos Álvarez*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

<sup>17</sup> Al punto que es común encontrarse con tratados internacionales sobre derechos humanos invocados para efectos de interpretar derechos reconocidos por la constitución, de una parte, o bien para identificar derechos implícitos que, precisamente, por vía del artículo 5, inciso 2, ingresarían al ordenamiento nacional. Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 28, núm. 1, 2022, pp. 133-135.

ser "válidamente, incorpora[do] al ordenamiento jurídico interno".<sup>18</sup> Posteriormente, y justamente aludiendo a esta sentencia, sostuvo que "si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley (...)".<sup>19</sup>

Sobre el punto, el Tribunal señaló —en esa misma sentencia— que, "respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia (...) aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura".<sup>20</sup> ¿Si no son propiamente una ley, entonces, qué jerarquía poseen?

Que en dicho fallo se cita la doctrina del profesor Alejandro Silva Bascuñán, para quien los tratados revisten "una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa".<sup>21</sup>

¿Cómo explicar que, pese a que la jerarquía del tratado es la de ley, los derechos esenciales contenidos en ellos poseen una "fuerza jurídica superior"? En virtud de una particular lectura de las obligaciones contenidas en el artículo 5, inciso 2. El mismo Tribunal ha dicho que lo que ese precepto hace es "es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos", sin elevarlos a rango constitucional.<sup>22</sup>

Si los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen jerarquía legal, entonces lo obvio sería que nunca pudieran integrar el bloque de

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 346, 8 de abril de 2002, considerando 74.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1288, 25 de agosto de 2009, considerando 49.

<sup>20</sup> *Ibidem*, considerando 43.

<sup>21</sup> *Ibidem*, considerando 45.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2387, 23 de enero de 2013, considerando 12.



constitucionalidad conforme al que se escruta la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional dista de ser del todo clara al respecto. En efecto, el Tribunal ha reconocido derechos fundamentales implícitos a partir de la integración de las normas de la Constitución con las de tratados internacionales de derechos humanos. El caso más obvio es el del derecho a la identidad, en el que el Tribunal Constitucional sostuvo que,

aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.<sup>23</sup>

Incluso más. En alguna otra ocasión ha integrado el bloque de constitucionalidad ya no sólo con normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que con sentencias dictadas por tribunales internacionales. Invocando una sentencia de la Corte IDH dictada en contra del Estado de Chile —el caso *Palamara Iribarne*—<sup>24</sup> afirmó que "los estándares que se derivan del caso Palamara (...) son aplicables a esta causa".<sup>25</sup>

Este contexto constitucional normativo es entonces bajo el que vamos a analizar la situación de reconocimiento de derechos de la infancia y la adolescencia en el caso chileno.

#### **D. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

Como se afirmó al inicio, al comenzar el segundo semestre de 2022 en Chile no hay ninguna mención expresa a niños, niñas y adolescentes

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 17 de junio de 2014, considerandos 19 y 20.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, Serie C No. 135, sentencia de 22 de septiembre de 2005.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2492, 29 de septiembre de 2009, considerando 9

en el texto constitucional de 1980. El intento más reciente por reconocer expresa y constitucionalmente los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo representan un conjunto de proyectos cuya discusión terminó en octubre 2019, apenas un par de semanas antes de que comenzaran las protestas que desencadenaron el proceso constituyente que concluyó una etapa con el plebiscito del 4 de septiembre de 2022 y el rechazo a la propuesta de nueva Constitución. El proyecto<sup>26</sup> iba bien encaminado, en nuestra opinión. Incluía un deber general de protección de niños, niñas y adolescentes, así como un reconocimiento específico de derechos en el actual capítulo III (artículo 19, "De los derechos y deberes constitucionales"). Así, en general, el proyecto proponía incluir un inciso final al artículo 1 del actual texto constitucional, en el que se definen los deberes generales del Estado de Chile, el deber estatal de "velar especialmente por la protección de niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derecho, resguardando su interés superior y autonomía progresiva". De manera singular, el proyecto proponía el reconocimiento de derechos con un artículo 19 bis que señalaba que

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.

Como se señaló más arriba, este proyecto de reforma constitucional fue rechazado.

Con ese marco, la pregunta por el reconocimiento constitucional de derechos puede ser respondida desde varios puntos de vista.

Uno, desde luego nada de irrelevante en tradiciones legales como la chilena, es el que atiende al texto de las constituciones. Otro, y sobre lo

---

<sup>26</sup> Boletines N° 8167 y 11700.

que en parte hemos dicho ya algo, es la incorporación o reconocimiento constitucional implícito. En este caso, el reconocimiento de derechos no se encuentra expresamente establecido,<sup>27</sup> sino que, luego de un proceso de interpretación o integración que puede dialogar más o menos con el texto explícito de una constitución,<sup>28</sup> se incorpora al estatuto constitucional. En tercer lugar, es posible que se produzca una suerte de constitucionalización por medio del reconocimiento de garantías primarias en las leyes, esto es, aun cuando las disposiciones constitucionales no contengan —como ocurre ahora con la chilena—referencia alguna.

En esta sección respondemos la pregunta por el reconocimiento constitucional de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile atendiendo al primer criterio, y reservamos la lectura del segundo y tercero para la sección siguiente, cuando abordemos la jurisprudencia constitucional.

En el texto constitucional actualmente vigente no hay mención alguna a niños, niñas y adolescentes, como ya hemos señalado. Sí se contempla, en cambio, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos (artículo 19, núm. 11. inc. 4), el que suele leerse con especial amplitud frente a cualquier iniciativa que pretenda mejorar el estatus legal de la infancia (esto quedará patente en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia). Un esquema tal, que mezcla ausencia de reconocimiento de los derechos de la infancia con el reconocimiento constitucional de derechos parentales, bien podría explicar tanto la subordinación de los intereses de niños, niñas y adolescentes, como constituirse en una barrera para la protección independiente de sus derechos.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Este es, como se ha dicho, el trono común de los diferentes acercamientos a la teoría de los derechos implícitos. Contreras, Pablo, "¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en Núñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

<sup>28</sup> Los diferentes acercamientos, en la medida que dialogan más o menos con el texto, se encuentran en *Ibidem*, pp. 154-159.

<sup>29</sup> Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, "Constitutionalising children's rights and domestic courts of member states of the Council of Europe", *Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk*, vol. 7, 2019, pp. 6-9.

Advertimos que, como dijimos al comienzo, respecto del caso chileno, la foto que muestra este trabajo es una que refleja un objeto en movimiento dado el proceso constituyente que seguiría su curso luego del plebiscito de septiembre de 2022. La propuesta rechazada<sup>30</sup> proponía un cambio fundamental en el panorama. Un breve repaso de las normas contenidas en el borrador rechazado así lo evidencia. Por ejemplo, en materia de ciudadanía se señalaba que el Estado promoverá el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía, "en especial en favor de niños, niñas, adolescentes (...)" (artículo 117.3). También se reconocía el deber estatal de "otorgar asistencia jurídica especializada para la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando estos han sido sujetos de medidas de protección" (artículo 108.5), se elevaba a rango constitucional a la Defensoría de la Niñez (artículo 126) y se reconocían sus derechos en una cláusula que reconocía titularidad de derechos, deberes prioritarios para el Estado de resguardo del interés superior del niño, su desarrollo integral y derecho a ser escuchados. Por último, se reconocía su derecho a vivir en condiciones familiares, a no ser separados de sus familias salvo como medida temporal y de último recurso, y a ser protegidos contra toda forma de violencia, maltrato, abuso, explotación, acoso y negligencia (artículo 26).

Con todo, y como en otros países, se promulgó recientemente la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, que sin duda llega tardíamente si se compara la experiencia chilena con la de los demás países que se analizan en este trabajo, incorpora los principios y derechos de la CDN. Así, reconoce a NNA como sujetos titulares de derechos (artículo 6), su interés superior (artículo 7) y el principio de igualdad y no discriminación —que incluye deberes positivos— (artículo 8), autonomía progresiva (artículo 11) y perspectiva de género (artículo 13), entre otros. Junto con incluir deberes

---

<sup>30</sup> Todas las referencias normativas se hacen sobre la base del documento disponible en: [https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public\\_files/Campañas/Chile-Vota-Informado/Propuesta\\_de\\_la\\_Nueva\\_Constitución.pdf](https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public_files/Campañas/Chile-Vota-Informado/Propuesta_de_la_Nueva_Constitución.pdf).

específicos para la Administración del Estado, articula (en la medida que no crea, mas reordena las existentes) la institucionalidad denominada del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. También dispone el deber de elaborar una Política Nacional de la Niñez y Adolescencia, la que, de acuerdo a la ley, "establecerá los objetivos generales, fines, directrices y lineamientos en materia de protección, garantía y promoción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales" (artículo 79).

Del mismo modo, se puede mencionar la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia de 2004, la primera ley, podría decirse, que articuló de forma adecuada los derechos de niños, niñas y adolescentes —aunque en el contexto, como su nombre lo indica, de las causas que se sustancian ante los tribunales de asuntos de familia—. Allí, por ejemplo, se dispone la ley busca "garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías", en lo que identifica como el principio del interés superior del niño (artículo 16). Asimismo, se dispone de un procedimiento especial de aplicación de medidas de protección para NNA, cuando se encuentren en riesgo "la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes" (artículo 68). En ese contexto, el artículo 69 añade que "Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez".

Más recientemente, todavía antes de la entrada en vigencia de la ley de protección integral, puede mencionarse la Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Esa ley, que regula en dos regímenes diferenciados la situaciones de niños y niñas menores de 14 años y de los y las mayores de 14 pero menores de 18 años, se encuentran el principio del interés superior del niño (artículo 5 letra e) y el de autonomía progresiva (letra f).

En el ámbito penal también merecen mención la Ley 21.160, que declaró imprescriptibles los delitos sexuales cometidos en contra menores de edad y la Ley 21.182, que dispone la obligación de realizar entrevistas videograbadas tratándose de niños, niñas y adolescentes víctimas de ciertos delitos.

### **E. Jurisprudencia chilena: una constitucionalización incipiente**

Si el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes es inexistente desde el punto de vista expreso del texto constitucional, la jurisprudencia ofrece una mirada diferente. Tanto en la jurisdicción constitucional como la jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales se han venido incorporando crecientemente los estándares propios de la CDN, sin perjuicio de que en algunos casos, especialmente en el TC, se hace de forma desprolija, en nuestra opinión. Esto es lo que nos permite hablar de una constitucionalización incipiente. En el caso del TC revisamos *grosso modo* la forma en que éste ha venido reconociendo los estándares de la CDN, en general, mientras que la mayor pluralidad de decisiones que pueden identificarse en materia de derechos de NNA será abordada a propósito de las decisiones de los tribunales superiores de justicia resolviendo acciones de protección y las de la justicia ordinaria, aplicando derechos fundamentales.

### **I. Tribunal Constitucional**

Como hemos dicho, en esta sección sólo examinamos la inclusión de los derechos de NNA y los estándares de la CDN en la jurisprudencia relevante del TC. En algunas de las sentencias tales derechos aparecen reconocidos de forma implícita a partir de los límites del derecho preferente de padres y madres a educar a sus hijos. En las demás los derechos de NNA aparecen a propósito de la invocación de la CDN. Lamentablemente son pocas las referencias a la CDN que encuentran sustento en una comprensión adecuada de la misma. En la mayoría, el acercamiento

del TC a la CDN, aunque presente formalmente, es incorrecto desde el punto de vista de la propia comprensión de la Convención.

En materia de titularidad de derechos, resulta relevante mirar al caso *Píldora del día después*.<sup>31</sup> Allí un grupo de parlamentarios reclamó, entre otras cosas, la constitucionalidad de las normas de consejería para adolescentes en materia de anticoncepción que tenían derecho a recibir sin conocimiento ni consentimiento de sus padres y madres.<sup>32</sup> Los requerientes reclamaron que "la acción de la Administración de otorgar consejería a menores adolescentes sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, como lo disponen las normas del decreto supremo que se impugnan, sería ilegítima",<sup>33</sup> al omitir el conocimiento y consentimiento de padres y madres.<sup>34</sup> El TC rechazó este aspecto del requerimiento. Para ello reconoció que NNA son también titulares de derechos constitucionales:

[l]as normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden (...) 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.<sup>35</sup>

En *Reclamación de paternidad*<sup>36</sup> se encuentra la que es, quizá, la mejor elaboración del TC respecto al reconocimiento constitucional de los derechos de NNA, a propósito del derecho a la identidad. Un juez de familia presentó un requerimiento en el que preguntaba si acaso los plazos y procedimientos para la reclamación de paternidad no atentaban contra el derecho a la identidad de quien terminaba viéndose impedido de conocer (en este caso) a su verdadero padre.

---

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 740, 18 de abril de 2008.

<sup>32</sup> Decreto Supremo N° 48, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 3 de enero de 2007.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 740, 18 de abril de 2008, p. 14.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, considerando 16.

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 29 de septiembre de 2009.

¿El problema? El derecho a la identidad no se encuentra expresamente listado en el texto constitucional. El juez que requería, sin embargo, acertadamente identificó algunas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que sí lo hacían.<sup>37</sup> Esas normas, pese a su jerarquía legal, se incorporarían materialmente a la comprensión constitucional o, en cualquier caso, se ubicarían sobre la ley —hemos explicado más arriba—. El TC reconoció el carácter implícito del derecho a la identidad a partir de un cúmulo de tratados dentro de los que se encuentra la CDN.<sup>38</sup>

Aunque puede afirmarse con meridiana certeza que el caso es uno de reconocimiento de derechos poco polémico —a fin de cuentas, no se trata del reconocimiento de derechos de autonomía,<sup>39</sup> sino de alterar plazos y procedimientos para la aclaración de las relaciones filiativas—, hay que anotar que la sentencia ha tenido algunas otras ramificaciones de relevancia<sup>40</sup> para el reconocimiento de derechos fundamentales, como ocurre con el reconocimiento al derecho a la identidad de género.<sup>41</sup>

La sentencia en *Ley de responsabilidad penal adolescente*,<sup>42</sup> resolvió un requerimiento de un grupo de congresales en que se cuestionaba la constitucionalidad de una de las reformas al régimen penal para personas mayores de 14 y menores de 18 años. El grupo cuestionó una norma conforme a la que si se imponía una pena privativa de libertad superior a los 5 años a quien la ley denomina joven infractor, la única sanción

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, *op.cit.*, pp. 1-2.

<sup>38</sup> *Ibidem*, considerandos 8-9.

<sup>39</sup> Esto es diferente cuando el derecho a la identidad ofrece márgenes para la autodeterminación y que, por ende, va más allá de la "verdad biológica" que se reivindica con la sentencia en comento. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la identidad de género. Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 2, 2019, pp. 363-375.

<sup>40</sup> Incluido un eventual cambio de criterio, como anota Carolina Riveros, "Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al artículo 206 del Código Civil: tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica", *Revista de Derecho Universidad Católica de Nortel*, año 20, núm. 1, 2013.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 7670, 4 de junio de 2020.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 786, 13 de junio de 2007.



posible era la internación en régimen cerrado. Los requirentes sostuvieron que dicho régimen de internación cerrada obligatoria, vulneraba la CDN al no buscar "la máxima integralidad y protección de los derechos humanos de la infancia y de la adolescencia".<sup>43</sup> La sentencia recoge el derecho internacional de los derechos humanos representado por la CDN, el que se integraría —como hemos dicho— por vía del artículo 5, inciso 2, al bloque de derechos conforme a los que el se puede escrutar la constitucionalidad de las leyes.<sup>44</sup>

El artículo 365 del Código Penal dispone que "[e]l que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio". En *Relaciones homosexuales*,<sup>45</sup> el TC resolvió una acción de inaplicabilidad en contra del precepto identificado. Según el requirente, la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre varones menores adultos y varones adultos importaba una forma de discriminación arbitraria, una afectación de la libertad y una invasión en la privacidad de las personas.<sup>46</sup>

El TC realiza largas consideraciones para terminar afirmando que la norma apunta a cuidar el respeto a la indemnidad sexual del adolescente, invocando la CDN, pero sólo extrayendo de ella los fines protectores de NNA. Así, por ejemplo, se señala que "el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia".<sup>47</sup>

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>44</sup> Para una parte de la doctrina internacionista esta aceptación fue motivo suficiente de alegría, obviando, sin embargo, nos parece, la lectura sustantiva que se hizo del tratado. Aguilar, Gonzalo, "Hacia un sistema integral de derechos humanos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la píldora del día después", *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, pp. 347-362. En efecto, aunque el TC recoge los estándares, cosa que acá mostramos, lo hace a la luz de una interpretación *sui generis* de la CDN —esto es, recogiendo los términos del tratado, pero interpretándolos a su antojo—.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1683, 4 de enero de 2010.

<sup>46</sup> En *Ibidem*, pp. 2-7, pueden leerse los argumentos de la acción.

<sup>47</sup> *Ibidem*, considerando 27. Este acercamiento prescinde de una comprensión adecuada a la CDN que es mucho más complejo. Lovera, Domingo. "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 176-179.

En el caso *Guardas*,<sup>48</sup> el TC debía resolver una cuestión de constitucionalidad por medio de la que una jueza solicitaba revisar los eventuales efectos inconstitucionales de unas normas en materia de relaciones de cuidado. El problema de constitucionalidad se producía porque las normas obligaban el otorgamiento de la curaduría en favor del abuelo materno —que estaba vivo, pero sin contacto con las niñas respecto de las que se solicitaba la curaduría— prefiriendo al hermano con el que vivía. En la cuestión se objetaba que "la aplicación de las normas impugnadas configura una discriminación arbitraria en contra de las menores respecto de las cuales se pide la curaduría en autos, cuyos padres han muerto, en contraposición con los niños con padres vivos".<sup>49</sup> En efecto, en el caso de estos últimos, el cambio de régimen de cuidado requería la evaluación de la aptitud del solicitante (en vez de tener que conferirla, previo informe del defensor de menores, al abuelo materno).

El requerimiento —insistía acertadamente la jueza requirente— era además contraria a la CDN. De acuerdo con el tratado, el Estado de Chile debía,

adoptar las medidas legislativas para asegurar, sin distinción alguna, que toda medida concerniente a los menores, incluyendo su cuidado y protección por tutores designados por un tribunal, se adopte atendiendo como consideración primordial el interés superior del niño; interés que no es asegurado de aplicarse los preceptos impugnados, que ordenan taxativamente conferir la curaduría al abuelo.<sup>50</sup>

La atención a ese interés se hacía meridianamente imposible con un orden de prelación de guardas establecido de modo taxativo.

El TC acogió el requerimiento. Lo hizo anunciando, en primer lugar, que sus criterios interpretativos serían, entre otros, el respeto al interés superior del niño y a la familia. Con todo, y lo que es de especial relevancia

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2867, 12 de abril de 2016.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2867, *op.cit.*, pp. 2-3.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 3.

para este estudio, el principio del interés superior del niño se construye "desde abajo", es decir, a partir de normas del ordenamiento legal.

## **II. Jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales**

El modelo constitucional chileno ha permitido una profusa constitucionalización de estándares del derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los derechos de NNA, sin necesidad que esos estándares o derechos estén explícitamente recogidos en el texto expreso de la Constitución. Ello ha sido posible, como vimos antes, por la forma en que ha operado el artículo 5, inciso 2, el que ha permitido el reconocimiento implícito de derechos. Pero también por la existencia de garantías secundarias o jurisdiccionales desformalizadas y amplias, como el denominado recurso de protección (el símil chileno del amparo o tutela de derechos).

De acuerdo con el actual artículo 20 del texto constitucional, cualquier persona que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos listados en ese mismo precepto —en general, derechos de corte civil y político—,

podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La amplitud de la acción ha permitido, como dice Gómez, que a través de ella se hayan "lleva[do] toda clase de asuntos hasta las Cortes; pretextando, para ello, cualquier afectación como lesión a un derecho".<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Gómez, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones UDP, 2005, p. 23.

Los derechos de NNA no han quedado al margen. Acá repasamos algunos casos que muestran la forma en que los estándares de la CDN han venido siendo incorporados. Esta sección no tiene un ánimo de exhaustividad, sí uno exploratorio que permite dar cuenta de lo que hemos denominado un proceso de constitucionalización incipiente.<sup>52</sup>

### 1. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente

El interés superior ha recibido profusa atención por parte de la jurisdicción de aplicación de derechos fundamentales, encontrándose bastante asentado ya. Como se ha documentado, el principio ha sido utilizado por algunas salas de la Corte Suprema como un principio transversal, un derecho sustantivo, norma de procedimiento y como un criterio interpretativo,<sup>53</sup> siguiendo de esa manera el triple enfoque que sugiere el Comité de Derechos del Niño.<sup>54</sup>

En este último sentido, y recogiendo alguna formulación canónica del mismo, la Corte Suprema ha sostenido que,

cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> No es el momento, por el tipo de trabajo, ni existe el espacio, por ahora, para abordar los problemas que una constitucionalización puramente judicial puede traer. En especial si anotamos que hablamos de derechos de grupos sociales históricamente excluidos por los procesos políticos, por una parte, y de prácticas legales que se construyen —lo propio de la tradición continental— desde los textos constitucionales, legales y otros.

<sup>53</sup> Carretta, Francesco y Barcia, Rodrigo, *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*, Santiago, DER, 2021, pp. 53 y ss.

<sup>54</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) párrafo 6.

<sup>55</sup> Corte Suprema, Rol N° 1.384-2008, 14 de abril de 2008, considerando 4.

Resolviendo un recurso de queja en el que se reclamaba que no se habían tomado en cuenta todas las variables, incluida la opinión del niño, al momento de decidir sobre una demanda de cuidado personal, la Corte Suprema señaló que,

las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente artículos 3.1 y 12.1, como las que regulan la forma de prestar la tuición y cuidado personal de los menores, a saber artículos 225, 227, 242 inciso 2º del Código Civil, y artículo 42 de la Ley Nº 16.618, obligan a atender al interés superior del niño y respetar las opiniones de éste en función de su edad y madurez, como también —en la materia que nos ocupa— tales reglas imponen determinar el estado social y psicológico de quienes pretender ejercer exclusivamente el derecho de vivir con el menor, en aras a discernir —por una parte— sobre su aptitud para aquello, como —de otra— el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño.<sup>56</sup>

La Corte, advirtiendo la omisión de algunos antecedentes, enfatiza, finalmente, que "esas mismas deficiencias no permiten restar mérito, como lo informan los magistrados recurridos, al parecer del menor, quién ha permanecido durante casi toda su vida al cuidado exclusivo de su padre P.C.R. y manifiesta su opción a los once años de edad, sin que se advierta la inconsistencia de tal opinión".<sup>57</sup>

Tratándose de materia penal, la Corte Suprema ha echado mano al interés superior del niño para ajustar la condena impuesta a una persona que, a la fecha de comisión del delito, era menor de edad. Así, ha entendido que el régimen de responsabilidad penal adolescente, regulado en Chile en la Ley 20.084,

<sup>56</sup> Corte Suprema, Rol Nº 1.620-2001, 22 de agosto de 2001, considerando 5º.

<sup>57</sup> *Ibidem*, considerando 8. El recurso de queja tiene por objeto, según se dispone en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, "corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional". Por eso se dirige contra los jueces de instancia, lo que explica que en este tipo de casos los descargos provengan de la judicatura.

fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa... fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.<sup>58</sup>

En ese contexto, la negativa del tribunal *a quo* de ajustar la pena al régimen sancionatorio más benigno "ha vulnerado las normas invocadas por la defensa, dado que es efectivo que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente establece un régimen de penalidad menos riguroso, ello en miras del interés superior del niño y de su plena integración social".<sup>59</sup>

En un caso más reciente, un tribunal de familia de la ciudad de Copiapó debía decidir sobre la adopción de un niño solicitada por dos mujeres. Ambas eran solteras y solicitaban la adopción conjunta del niño, para lo cual habían aprobado todas las certificaciones de idoneidad requeridas. A ambas se les había concedido, además, el cuidado personal del niño. Para acoger la decisión de adopción a ambas mujeres, el tribunal enfatizó que la medida brindaría al niño "el derecho a vivir en familia".<sup>60</sup> Este énfasis no es irrelevante si se considera que en la ley chilena de adopciones pueden concederse sólo a matrimonios o personas solteras. Para el tribunal,

de escoger a una de las mujeres solteras que postulan a la adopción de Luis, se atentaría gravemente contra el interés superior del mismo, que hoy no es otro que el poder crecer al amparo y

---

<sup>58</sup> Corte Suprema, Rol N° 1.630-2009, 2 de julio de 2009, considerando 3.

<sup>59</sup> *Ibidem*, considerando 11.

<sup>60</sup> Juzgado de Familia de Copiapó, RIT A-11-201, 2 de agosto de 2021, considerando 8.

resguardo de la familia que él pidió le ayudaran a buscar, capaz de brindarle el derecho a la resignificación y reparación del abandono, capaz de contenerlo en los momentos de crisis y angustia que Luis va a tener. Hoy, ese es el interés a que Luis aspira y la satisfacción de su interés es lo que debe guiar y orientar las decisiones judiciales, conforme lo establece el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.<sup>61</sup>

Finalmente, la Segunda Sala de la Corte Suprema, decidiendo un recurso de casación en una causa sobre autorización de salida del país para NNA, citó como primera fuente internacional la Declaración de derechos del niño de 1959, todo esto para referir la necesidad de conciliar la norma interna con el interés superior.

Luego, señalaría que la premisa principal para tomar una determinación respecto al caso concreto, como ya se ha señalado, es el interés superior del niño, citando para ello al Comité de Derechos del niño en su comentario general sobre la materia. Así, señaló que,

en este escenario las normas atinentes para decidir la suerte de la solicitud son el artículo 49 de Ley de Menores, además, de aquellas disposiciones que establecen que en la resolución de estas materias la premisa principal para tomar una determinación respecto al caso concreto, como ya se ha señalado, es el interés superior del niño.

Conforme a lo anterior, entonces, es necesario analizar el interés superior en concreto para XX y ZZ, para entender cuál es el beneficio que eventualmente podrán obtener al radicarse en los Estados Unidos de Norteamérica; para tal efecto, habrá de ser tenido en consideración el sexagésimo segundo período de sesiones, del Comité de los Derechos del Niño que aprobó la Observación General N°14, de Naciones Unidas (CGR/C/CG/14),

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, considerando 13.

observación que tuvo como finalidad interpretar el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento que enuncia los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, al respecto señala que entre estos se encuentra "La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. N°58. El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20).<sup>62</sup>

## 2. Derecho a la identidad

Ya hemos dicho antes, al analizar la jurisprudencia del TC, que la CDN tuvo un papel clave en materia de identidad. Ella le permitió al TC cuestionar la constitucionalidad de las normas sobre reclamación de paternidad. En otra causa, que luego rechazaría por existir un procedimiento disponible al efecto, el TC volvió a echar mano a la CDN —entre otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos—, para reconocer un derecho fundamental implícito a la identidad, aunque en el contexto de un reclamo por el reconocimiento a la identidad de género. Para el TC, aunque el caso no involucraba a NNA,

la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989 establece que éste "será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (art. 7), expresando además que "cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8).<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Corte Suprema, Rol N° 35522-2015, 18 de mayo de 2016, considerando 4.

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 7.670, 4 de junio de 2020, considerando 6. Un análisis más detallado de este caso se encuentra en Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120...", *op. cit.*, pp. 122-140.



En el primer caso a raíz de la aplicación de los procedimientos previstos en la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, la jurisprudencia en sede de familia ha avanzado en la comprensión del contenido y alcances del derecho a la identidad de género, que acabamos de ver el TC ya ha recogido. A partir de un caso relacionado a la rectificación del apellido de la persona solicitante, un tribunal de familia sostuvo que no se debe entender que el derecho a la identidad de género incluye sólo el cambio de nombre de pila. Debía incluirse, además, el apellido. Entre otras razones, el tribunal argumentó que,

la Convención Sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990, contempla como uno de sus principios básicos el Interés Superior del Niño, que, a partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos, pone el centro en el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes (artículo 3), o lo que es lo mismo, su desarrollo "holístico", concepto dinámico, flexible y adaptable, en constante evolución que abarca su ámbito físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial). A partir del reconocimiento de la infancia y adolescencia como segmentos etarios con titularidad de derechos, se les reconoce, invariablemente, el derecho a ser oídos, otro de los pilares fundamentales de la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 12, que supone el derecho de todo NNA de formarse un juicio propio, de expresarlo y ser tomado en cuenta, en todos los asuntos que le conciernen. Incluso se ha llegado a hablar de un derecho a la participación que, como tal ha sido expresamente referido en el párrafo 8 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, adoptada como Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Sentencia juzgado de familia, 12 de noviembre de 2020, considerandos 11.

En una suerte de corolario, tanto de esta como de la anterior sección, el tribunal concluyó señalando que,

considerando los hechos que se dan por establecidos y los principios mencionados, en especial, el interés superior del niño y autonomía progresiva conforme a la edad y grado de madurez que presenta la adolescente; su manifestación de voluntad, corroborado con los antecedentes probatorios referidos al ámbito educativo y de intervención terapéutica; considerando la audiencia reservada que se ha desarrollado en este proceso con la adolescente, permiten al tribunal llegar a la convicción de que se justifica la solicitud, en lo concerniente al cambio de nombres, incluido apellido paterno, y sexo registral, por cuanto se ha logrado conocer y contextualizar desde un punto de vista psicosocial y además establecer que no ha existido una influencia determinante de tercero sino que, realmente surge desde la convicción interna de la adolescente, este importante cambio que solicita regularizar a través de esta instancia judicial, lo que permitirá restablecer su derecho a la identidad de género, hoy vulnerado, en grado de privación.<sup>65</sup>

El interés superior del niño ha servido también a un tribunal de familia como criterio y derecho al resolver una petición, en el marco de la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, respecto de una persona adolescente que se autoidentifica como no binaria. En su sentencia, el tribunal dio a lugar a la solicitud de cambio de nombre y cambio de sexo registral. Sin perjuicio de la referencia expresa a los principios de interés superior y de autonomía progresiva, recogidos en la Ley citada y referidos de forma expresa por el juzgado, el mismo tiene presente de manera clara el mandato de aplicar el artículo 3 de la CDN, en armonía con los derechos convencionales a la identidad y a ser oído.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, considerando 14.

<sup>66</sup> Sentencia del Tercer Juzgado de Familia, 25 de abril de 2022, considerando 5°.

### 3. Derecho a ser oído y tomado en cuenta

El derecho a ser oído y tomado en cuenta ha tenido diversas manifestaciones en la jurisprudencia nacional. Como acertadamente se ha señalado, este derecho puede implicar la aparición de NNA, y el deber correlativo del tribunal a escucharlo tomando debidamente en cuenta sus opiniones, en distintas encarnaciones: como víctima, testigo o parte interesada.<sup>67</sup>

En términos estructurales, la Corte Suprema ha tenido ocasión de aclarar que el deber de oír al NNA constituye un trámite esencial cada vez que se decida una causa en que sus derechos pueden verse afectados, lo que en parte importante se ve favorecido por las disposiciones de la Ley que crea los tribunales de familia (19.968).<sup>68</sup> Acogiendo un recurso de casación en un juicio sobre reclamación de paternidad en la que nunca se escuchó al niño, sostuvo que,

como se aprecia, y se viene diciendo, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído al niño P.A.N.G.D. en una materia de vital importancia para sus intereses, en que está envuelto su derecho sustantivo a la identidad, además de hacer constar que el derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el de expresar su parecer. En lo particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente

<sup>67</sup> Etcheberry, Leonor y Fuentes, Claudio, "El derecho de los niños a ser oídos", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, p. 114.

<sup>68</sup> Sólo por nombrar un ejemplo, el artículo 16, inciso 2 de esa ley dispone que "El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento". Esto, no obstante los desafíos que la práctica jurisdiccional de este derecho ha enfrentado. Al respecto pueden consultarse Vargas, Macarena y Correa, Paula, "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", *Revista Ius et Praxis*, año 17(1), 2011, pp. 177-204; Fuentes, Claudio, "Los dilemas del juez de familia", *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 2015, pp. 935-965.

en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.<sup>69</sup>

#### 4. Derecho a la participación y derechos políticos

NNA han cumplido un relevante papel en las movilizaciones sociales que al menos desde 2006 se vienen verificando en Chile en materia educacional.<sup>70</sup> Los casos que revisamos acá se decidieron en esos contextos y se refieren, principalmente, a conatos entre estudiantes que participaron (o a los que se acusa de haber participado) en manifestaciones políticas y establecimientos educacionales que adoptaron medidas disciplinarias (incluso la expulsión) como consecuencia.

La Corte Suprema resolvió en 2009 sobre la expulsión de una estudiante que había colgado en su establecimiento educacional una serie de lienzos, éstos contenían consignas políticas —"Contra la educación de mercado"—, corrientes en el contexto de movilizaciones estudiantiles en Chile. Su establecimiento educacional decidió no renovarle la matrícula, esto es, le impidió seguir estudiando allí. El estudiante presentó una acción de protección que fue primero rechazada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. La Corte Suprema, en cambio, revocó la sentencia y acogió la tutela de derechos en favor del estudiante, reivindicando el respeto a su libertad de expresión resguardada en el texto constitucional chileno. Además, sostuvo que la decisión del establecimiento,

transgred[ía] el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños vigente en el país de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del mismo texto en cuanto reconoce la existencia de los derechos humanos de los niños, y entre estos

<sup>69</sup> Corte Suprema Rol N° 124-2015, 18 de agosto de 2015, considerando 4. Un análisis detallado de este caso está disponible en Espada, Susana, "La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 2015, pp. 257-268.

<sup>70</sup> Una detallada narración del papel de NNA puede encontrarse en Lovera, Domingo, *op. cit.*

los derechos de carácter político. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17 previene las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y de religión; y es incuestionable que se trató de impedir que el estudiante manifestara sus convicciones.<sup>71</sup>

## 5. Derecho a la vida

De acuerdo con el artículo 19, núm. 1, la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la vida. Los tribunales superiores de justicia han tenido la oportunidad de interpretar estas disposiciones a la luz de la CDN tratándose de casos en que los progenitores de NNA se han opuesto a ciertos tratamientos médicos, en especial transfusiones de sangre, por razones de conciencia. La Corte de apelaciones de Iquique por ejemplo, echó mano a la CDN para acoger la acción de protección y ordenar la procedencia de la transfusión. Para ello sostuvo que,

Conviene recordar que la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3º, número 2, que "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."<sup>72</sup>

Como se ha documentado desde hace tiempo, parte importante de estas acciones se han acogido ordenando la procedencia de las transfusiones de sangre sólo sobre la base de una lectura especialmente estricta del derecho a la vida consagrado en el ámbito constitucional.<sup>73</sup> Con todo, en más de una ocasión las normas de la CDN han sido referidas a mayor abundamiento.

---

<sup>71</sup> Corte Suprema, Rol N° 1740-2009, 23 de abril de 2009, considerando 4º. La Corte Suprema repetiría estos mismos argumentos un par de años después, Rol N° 1.683-2011, 4 de enero de 2011.

<sup>72</sup> Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 6735-2015, 9 de octubre de 2015, considerando 12º.

<sup>73</sup> Gómez, Gastón, *op. cit.*, pp. 277-9.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que,

a mayor abundamiento, la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3º, número 2, que Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.<sup>74</sup>

En apoyo de esta interpretación también se ha invocado la protección del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud consagrado en el artículo 24.1 de la CDN, conforme al que, prosiguió el tribunal, "deviene que el deber de preservar la vida del lactante es, incluso, un deber del Estado, que lo obliga frente a las otras naciones debido a los tratados internacionales que se encuentran vigentes, según ordena el artículo 5º de la Carta Magna".<sup>75</sup>

## **6. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales**

Un caso emblemático en Chile en temas de derechos de la infancia —y otros derechos sin reconocimiento constitucional explícito— ha sido el de doble maternidad resuelto por la justicia de familia en 2020. El 8 de junio de ese año, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió una acción de reclamación de filiación interpuesta por una madre, declarando así el reconocimiento también como madre a su pareja y conviviente civil, con quienes habían formado familia. La acción se fundó jurídicamente en el artículo 183 del Código Civil chileno, que establece las formas de reconocimiento de la maternidad, y en el derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile. Además, hicieron presente el

<sup>74</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.837-2019, 19 de marzo de 2019, considerando 10º.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

vacío legal existente en Chile sobre la regulación integral de las técnicas de reproducción asistida que les había permitido a ambas mujeres ser madres.

Junto con acoger la acción, en la sentencia el tribunal reconoce las diversas formas de familia, que todos los hijos e hijas son iguales y reafirma que es deber del estado proteger todas las formas de familia que existen. En concreto, el tribunal declaró que una familia compuesta por dos mujeres que participaron de un procedimiento de reproducción asistida detalla el deber de reconocimiento de ambas como madres de su hijo, logrando así que éste obtuviera el reconocimiento y protección de los mismos derechos que gozan los hijos e hijas nacidos en familias heterosexuales.

Además, la sentencia cumple efectivamente con las obligaciones y estándares internacionales respecto de la protección integral y universal, así como el resguardo del interés superior y los derechos a la identidad, no discriminación y vida familiar que se deben a cada NNA, como también con los estándares sobre la protección debida a todas las formas de familia.<sup>76</sup>

## **7. Derecho a la salud**

Los tribunales chilenos han invocado el derecho a la salud de la CDN en una serie de casos. Destacamos acá dos grupos de casos por su relevancia y reciente data.

En primer lugar, los tribunales han invocado las normas de la CDN para ordenar la vacunación de NNA en contra de la oposición infundada de padres y madres. Desde luego, parte de estos casos se han verificado en el contexto de la pandemia producto de la expansión de covid-19. Varias de estas acciones se han dirigido contra resoluciones estatales que ordenaron la vacunación obligatoria contra la influenza, justamente para

---

<sup>76</sup> Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio de 2020.

descongestionar el sistema de salud de modo que pudiera enfrentar de forma adecuada la crisis sanitaria que se atravesaba. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, por ejemplo, rechazó un recurso que buscaba declarar que la medida afectaba derechos fundamentales de una niña. Entre otras razones, señaló que,

la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3° N° 2 que "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". El artículo 24 N°1 de la misma Convención, expresa que "los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", mientras que el N° 2 de este mismo artículo señala que se "adoptarán medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud".<sup>77</sup>

Las autoridades sanitarias, concluyó la Corte, actuaban en cumplimiento de sus deberes.

En un caso vinculado, un padre presentó una acción de protección en contra de la madre de su hija cuyo cuidado personal ella tenía. Reclamaba que la madre, al no vacunar a la hija de ambos, atentaba contra el derecho a la salud de la niña. La Corte de Apelaciones de Santiago le encontró razón al padre. Para ello, referenció largamente las normas del artículo 24.2 de la CDN sobre derecho a la salud y concluyó, lo que cabe destacar, que

---

<sup>77</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 10480-2021, 2 de julio de 2021, considerando 4. Hay que recordar que ya en 2012, en la sentencia *Atala Riffo y niñas contra Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había señalado que no existía un concepto cerrado de familia, ni mucho menos que la Convención Americana de Derechos Humanos protegía sólo un modelo tradicional de ella.



de lo dicho aparece que la menor tiene pleno derecho a que por medio de esta acción cautelar de garantías fundamentales de acuerdo a los Tratados Internacionales, los organismos del Estado velen por sus derecho a la salud y en especial acceso a la salud preventiva, que sus padres deben procurar, al conocer los principios básicos de salud.<sup>78</sup>

El segundo grupo de casos se refiere a una serie de recursos en materia de accesos a medicamentos especialmente costosos y sin cobertura en los sistemas públicos y privados.<sup>79</sup> La Corte Suprema ha sido consistente en invocar las normas sobre derecho a la salud de la CDN para acoger esos recursos, cuando la vida del NNA involucrado está en juego. Así, ha señalado

Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990, dispone "Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica

---

<sup>78</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 37079-2021, 8 de febrero de 2022, considerando 8.

<sup>79</sup> Un análisis detallado de este tipo de casos, así como de la jurisprudencia relevante, se encuentra en Vivanco, Ángela, "Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema en materia de cobertura de medicamentos de alto costo en sede de protección", en *Anuario de Derecho Público* 2021, Santiago, Ediciones UDP, 2022.

de los menores. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren a menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.<sup>80</sup>

## F. Conclusiones

El reconocimiento constitucional de los derechos de niños, niñas y adolescentes no es un tema menor en un estado democrático. Es una primera forma con la que se puede comenzar a delinear la inclusión de la infancia como agentes políticos y constitucionales significativos. Se trata de su inclusión visible en esquema constitucional, del reconocimiento de una agencia adecuada y de la efectividad (judicial y de otro tipo) de los derechos que les sean reconocidos, todo ello en un marco de deberes estatales (y de otro tipo) correlativos que un reconocimiento implícito puede no estar en las mejores condiciones de provocar.<sup>81</sup>

Por otra parte, el reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes se hace necesario no sólo 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

<sup>80</sup> Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19 de febrero de 2021, considerandos 7 y 8. Estas referencias a las normas sobre protección del derecho a la salud en la CDN son especialmente interesantes porque permiten advertir que, por la vía del artículo 5, inciso 2, las cortes han encontrado una vía para circunvalar algunas limitantes que se advierten en las garantías secundarias como la acción de protección. En efecto, esta acción procede en favor de algunos derechos, dentro de los que no se encuentra la salud. Es cierto que, desde hace un tiempo —cosa que también enseña la experiencia comparada— los tribunales muchas veces logran contrabandear la protección de prestaciones sociales en derechos civiles, generalmente el derecho a la vida. Eso es lo que acontecía en Chile tratándose de casos sobre falta de financiación, donde las cortes corrientemente echaban mano al derecho a la vida (y sólo en menor medida al derecho a la salud). Figueroa, Rodolfo, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección", en Squella, Agustín y Arriagada, María Beatriz (eds.), *Sobre los derechos sociales*, Valparaíso, EDEVAL, 2015, pp. 657-693.

<sup>81</sup> O'Mahony, Conor, "The promise and pitfalls of constitutionalizing children's rights", en Dwyer, James G. (ed.), *The Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 874.

que son empujados, ya sea en (dentro o bajo) los derechos de personas adultas en general o de sus padres y madres en particular.<sup>82</sup> Esta es una razón propiamente jurídica y una consecuencia del aspecto legal de las constituciones.

En este capítulo hemos mostrado que el modelo constitucional actualmente vigente no contiene mención alguna a los derechos de NNA, y que tampoco existe un contexto nacional que permita augurar que esto será revertido efectivamente mediante la adopción de cambios constitucionales. Todo esto coloca en serio riesgo la consecución de los objetivos arriba identificados que el reconocimiento expreso, si bien no satisface de forma inmediata, estimula. Sin embargo, hemos mostrado, también, que junto con esa falta de reconocimiento expreso convive un reconocimiento implícito de los derechos de NNA. Esto ha sido posible por dos razones. Primero, la proliferación, en especial en los últimos años, de legislación que incorpora los estándares de la CDN —aunque no consideramos en este análisis, por el escaso tiempo que lleva vigente, la ley de protección integral de la infancia que, llegando demasiado tarde desde la ratificación de la CDN, fue promulgada en Chile a inicios de 2022—. Segundo, por el reconocimiento jurisprudencial de los estándares de la CDN. Aunque con matices, en especial tratándose de la jurisprudencia del TC, hemos querido mostrar que la jurisdicción de aplicación de los derechos fundamentales ha abrazado los estándares de los derechos de NNA.

Como con todo reconocimiento implícito o jurisprudencial, sin embargo, estos estándares distan de estar consolidados. Tampoco resulta evidente —lo que por el objeto de este estudio dejamos para una oportunidad posterior— que los estándares se encuentren siempre en sintonía con el desarrollo de los éstos por parte del derecho internacional de los derechos humanos. Todo esto nos permite afirmar que en Chile la constitucionalización es aún incipiente y requiere de avances profundos. En especial tratándose de países que, como el nuestro, descansa fuertemente en las normas escritas.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 872-873.

## Bibliografía

Aguilar, Gonzalo, "Hacia un sistema integral de derechos humanos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la pildora del día después", *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, pp. 347-362.

Atienza, M., y Aroca, P., "Concentración y crecimiento en Chile: una relación negativa ignorada", *Revista EURE-Revista de Estudios Urbano Regionales*, 38(114), 2012. Disponible en: <https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/113/571>.

Carretta, Francesco y Barcia, Rodrigo, *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*, Santiago, DER, 2021, pp. 53 y ss.

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) párrafo 6.

Contreras, Pablo, "¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en Núñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, "Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: problemas y desafíos", en *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al profesor Lautaro Ríos Álvarez*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

Contreras, Pablo y Lovera, Domingo, *La Constitución de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 6735-2015, 9 de octubre de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.837-2019, 19 de marzo de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 37079-2021, 8 de febrero de 2022.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 10480-2021, 2 de julio de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Serie C No. 135, sentencia de 22 de septiembre de 2005.

Corte Suprema, Rol N° 1.620-2001, 22 de agosto de 2001.

Corte Suprema, Rol N° 1.384-2008, 14 de abril de 2008.

Corte Suprema, Rol N° 1.630-2009, 2 de julio de 2009.

Corte Suprema, Rol N° 1740-2009, 23 de abril de 2009.

Corte Suprema Rol N° 124-2015, 18 de agosto de 2015.

Corte Suprema, Rol N° 35522-2015, 18 de mayo de 2016.

Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19 de febrero de 2021.

Decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>.

Decreto Supremo N° 48, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, 3 de enero de 2007.

- Espada, Susana, "La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte Suprema, 18 de agosto de 2015, Rol 124-2015", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 2015, pp. 257-268.
- Etcheberry, Leonor y Fuentes, Claudio, "El derecho de los niños a ser oídos", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, p. 114.
- Figueroa, Rodolfo, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección", en Squella, Agustín y Arriagada, María Beatriz (eds.), *Sobre los derechos sociales*, Valparaíso, EDEVAL, 2015, pp. 657-693.
- Fuentes, Claudio, "Los dilemas del juez de familia", *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 2015, pp. 935-965.
- Fuentes, Ximena, "Una Nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno", Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (eds.), *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, FES/Instituto Igualdad/Universidad de Chile, 2015, p. 171.
- Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 2, 2019, pp. 363-375.
- Gauché, Ximena y Lovera, Domingo, "Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 28, núm. 1, 2022, pp. 133-135.
- Gómez, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones UDP, 2005, p. 23.

Informe Anual 2021: derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Defensoría Nacional de la Niñez [https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021\\_tercera\\_parte\\_ddhh.pdf](https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/wp-content/uploads/2021/12/ia2021_tercera_parte_ddhh.pdf)

Juzgado de Familia de Copiapó, RIT A-11-201, 2 de agosto de 2021, considerando 8.

Lovera, Domingo, "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 176-179.

Lovera, Domingo, "Chile", en Hübner Mendes, Conrado Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America Oxford*, Oxford University Press, 2022, pp. 79 y ss.

O'Mahony, Conor, "The promise and pitfalls of constitutionalizing children's rights", en Dwyer, James G. (ed.), *The Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 874.

Riveros, Carolina, "Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al artículo 206 del Código Civil: tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica", *Revista de Derecho Universidad Católica de Norte*, año 20, núm. 1, 2013.

Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, "Constitutionalising children's rights and domestic courts of member states of the Council of Europe", *Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk*, vol. 7, 2019, pp. 6-9.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 346, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 786, 13 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1288, 25 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2492, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1683, 4 de enero de 2010.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2387, 23 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 1340, 17 de junio de 2014.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 2867, 12 de abril de 2016.

Tribunal Constitucional de Chile, STC Rol N° 7670, 4 de junio de 2020.

UNICEF CHILE. Niños, niñas y adolescentes en Chile 2020. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/3636/file/Cifras%20de%20infancia.pdf>.

Vargas, Macarena y Correa, Paula, "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", *Revista Ius et Praxis*, año 17(1), 2011, pp. 177-204.

Vivanco, Ángela, "Jurisprudencia de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema en materia de cobertura de medicamentos de alto costo en sede de protección", en *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago, Ediciones UDP, 2022.





La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Abril de 2023.


Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



**[www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

 [atencion.tolmex@tirantonline.com.mx](mailto:atencion.tolmex@tirantonline.com.mx)

