



tirant
lo blanch

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/.

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
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1169-337-0
MAQUETA: Innovatext

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

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

Presentación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una robusta jurisprudencia en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes. Dicha jurisprudencia ha permitido redefinir y precisar importantes instituciones jurídicas en materia civil, familiar, penal y administrativa, así como profundizar los alcances normativos de derechos como la autonomía progresiva, la igualdad, el derecho a vivir en familia, la prevención y respuesta frente a toda forma de violencia y la garantía del derecho a salud y la educación, entre muchos otros. En cumplimiento estricto del mandato constitucional de dar prioridad, en todas sus decisiones y actuaciones, al principio del interés superior de la niñez, la Suprema Corte ha puesto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes al centro de su labor interpretativa. Este trabajo ha permitido, a su vez, proyectar el potencial normativo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a campos en los que sus intereses eran tradicionalmente considerados como secundarios o derivados de los derechos o intereses de los adultos.

Junto a su labor estrictamente jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha promovido y liderado el desarrollo de protocolos, la formación continua para juezas y jueces, así como una reflexión académica que resulte útil para dar efectividad a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México y América Latina. Es en este marco de acción que el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha decidido desarrollar una línea de investigación específica en el campo de la niñez y la adolescencia. A través de ella, la Suprema Corte de Justicia de la Nación espera seguir contribuyendo, de manera decidida e innovadora, en la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México

Suprema Corte de Justicia de la Nación

INTRODUCCIÓN

El camino hacia la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina

Nicolás Espejo Yaksic*

Domingo Lovera Parmo**

* Investigador del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de México; Visiting Fellow, Exeter College por la Universidad de Oxford y Guest Lecturer in Law por la Universidad de Leiden.

** Co-director del Programa de Derecho Público y Profesor del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile.

SUMARIO: A. Introducción; B. El contenido de esta obra; I. Organización del gobierno y el sistema constitucional; II. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas; III. Reconocimiento expreso de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el texto constitucional; IV. Desarrollos destacados en la jurisprudencia constitucional; C. Hacia la consolidación de la constitucionalización de las niñas, niños y adolescentes en América Latina.

A. Introducción

Este libro busca dar cuenta de la progresiva constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina. En este trabajo colectivo, entenderemos por *constitucionalización* a aquel proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, éste "resulta totalmente 'impregnado' de normas constitucionales".¹ En particular, este proceso implica dos cosas. De un lado, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. De otro lado, la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares. En esta luz, la interpretación del texto constitucional presupone su fuerza vinculante y corresponde a un

¹ Guastini, Ricardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Trad. de José María Lujambio, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 49.

enfoque inclinado por una lectura extensiva de la Constitución y que hace posible extraer de ella normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.²

Como veremos a lo largo de este libro, el proceso de progresiva constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) en América Latina se manifiesta a través de cuatro dimensiones específicas:

1. En un reconocimiento explícito de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el texto constitucional y en otras leyes generales.
2. En una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales, las cuales se relacionan con la vida de niñas, niños y adolescentes.
3. En la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos —particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas— y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional.
4. En el desarrollo de una jurisprudencia que reconoce y desarrolla los derechos de las niñas, niños y adolescentes, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad, sea este difuso, concentrado o mixto.

A pesar del esfuerzo por dar cuenta del progresivo proceso de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la región, debe tenerse presente que el análisis de las prácticas constitucionales que

² Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, SCJN, México, 2020, pp. 1-47.

se entrega en esta obra se ofrece con un afán exploratorio antes que dogmático. Es decir, no se busca la reconstrucción de patrones concordantes de las diferentes jurisdicciones que se analizan, aunque, como se verá, existen arreglos institucionales locales que ayudan a su identificación. Antes bien, esta obra colectiva apunta a recuperar y exponer la forma en que se ha avanzado —o no— en la progresiva inclusión de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los sistemas constitucionales locales.³ De allí que, desde un punto de vista analítico, el trabajo apunte a identificar los patrones comunes en el proceso de constitucionalización de los derechos de esta población. Creemos que este esfuerzo, aun cuando sea inicial, constituye un avance importante en el desarrollo de la dogmática constitucional en un campo de baja exploración académica. Sobre todo, si se le compara con otras áreas de estudio o derechos fundamentales específicos.⁴ En otras palabras, hemos querido identificar "el complejo normativo e institucional"⁵ constitucional en el que se incluyen los derechos de NNA y ofrecer, a través de la mirada de expertos y expertas de cada país, una comprensión articulada de las notas distintivas de esa práctica en los referentes a la constitucionalización de los derechos de NNA.⁶ Esa comprensión es articulada tanto por razones de tradición legal, como por la estructura de este trabajo.

Finalmente, y desde el punto de vista de la tradición legal, es importante destacar que América Latina exhibe esquemas constitucionales más o

³ Algunos estudios similares se han desarrollado, especialmente, a nivel europeo. Cfr., Haugli, Trude; Nylund, Anna; Sigurdson, Randi y Bendiksen, R.L. (eds.), *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020 y; *Report on the Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Constitutions*, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 3 de abril, 2014.

⁴ La mayor parte de los trabajos comparativos en la región, en efecto, apuntan a cuestiones ya sea estructurales o institucionales. Véase, por ejemplo, von Bogdandy, Armin, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020. Los trabajos más recientes en materia de derechos, a su turno, no listan la situación de niños, niñas y adolescentes. Hübner, Conrado et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁵ Peña, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995, p. 73.

⁶ Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes: A theory of American Constitutional Practice*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2004, p. 12.

menos similares.⁷ En efecto, en las experiencias de todos los países que se reúnen en este volumen, las constituciones son textos escritos, más o menos detallados, y cuya comprensión es en parte política, pero, sobre todo, jurídica. De allí que se asigne —como en parte importante de la tradición continental europea— un lugar especial a los tribunales o cortes de justicia en la adjudicación de casos constitucionales, por una parte, y en la delimitación (cuando ello es posible) del contenido de los derechos fundamentales que las constituciones recogen. Además, desde la década de 1990 en adelante, y a pesar de las excepciones que debidamente se anotan en los diferentes capítulos de esta obra, los órdenes constitucionales de la región han venido experimentando una tendencia al constitucionalismo fuerte, esto es, dando pasos considerables hacia el cumplimiento de sus promesas constitucionales".⁸

En lo relativo a la tradición legal, aunque la región exhibe modelos mixtos de incorporación del derecho internacional, algunos más cercanos al monismo y otros al dualismo, lo cierto es que, desde mediados de la década de 1980, el derecho internacional, en especial el de los derechos humanos, es explícitamente abordado en los esquemas constitucionales. Y, en algunos casos, como se podrá advertir a lo largo de estos capítulos, esa constitucionalización ha ido acompañada de la incorporación de otros estándares como las sentencias del sistema interamericano de derechos humanos.⁹ Allí donde las normas del derecho internacional de los derechos humanos no han sido abordadas de modo expreso, han sido los tribunales de adjudicación constitucional los que han avanzado en el acomodo de las mismas dentro en el esquema de fuentes, en especial, a través del denominado bloque de constitucionalidad.¹⁰

⁷ Como se ha señalado recientemente, aunque los países de la región —los mismos que aquí se examinan— exhiben "un mosaico de historias nacionales, experimentaciones políticas, transiciones institucionales... todavía pueden identificarse un set de pilares comunes... panoramas institucionales, declaraciones de derechos, sustentos ideológicos y cánones de pensamiento constitucional". Gargarella, Roberto *et al.*, "Introduction", en Hübner, Conrado *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. xv.

⁸ Law, David S. y Versteeg, Mila, *Constituciones aparentes*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018, p. 97.

⁹ Chehtman, Alejandro, "Constitutions and International Law", en Hübner, Conrado *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 533-4.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 545-6.

B. El contenido de esta obra

Este libro presenta una revisión general sobre el proceso de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La metodología utilizada para el desarrollo de este proyecto consideró el diseño de una matriz de análisis simple y que permitiera establecer algunas comparaciones entre las distintas jurisdicciones acá analizadas. Dicha matriz provee la estructura de los capítulos que componen la obra e incluye: *a*) un análisis respecto a la organización del gobierno y el sistema constitucional; *b*) la forma en la que cada sistema jurídico incorpora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el estatus de tales normas en el sistema constitucional; *c*) la existencia o no de normas constitucionales que reconocen expresamente los derechos de niñas, niños y adolescentes y las demás normas generales promulgadas en dicho campo; y *d*) una selección de jurisprudencia destacada en el campo de la interpretación constitucional de algunos derechos específicos de niñas, niños y adolescentes. Dada su relevancia y utilidad, los editores han querido que cada capítulo preste atención sustancial a dichos desarrollos jurisprudenciales, de modo de facilitar una comprensión sobre la forma en que las juezas y los jueces constitucionales han ido desarrollando una doctrina específica en este campo del derecho público.

I. Organización del gobierno y el sistema constitucional

Cada colaboración se inaugura con una sección inicial en la que se presenta la visión general sobre cómo se organiza el gobierno del país del que trata, con especial referencia a la forma de gobierno, la forma de Estado y el sistema de tribunales. En particular, se explica si los órdenes constitucionales contemplan algún tipo de control de constitucionalidad y, de haberlo, si éste se encuentra alojado en los tribunales ordinarios (sea concentrado o difuso) o especiales (como una corte o un tribunal

constitucional). Todos los capítulos muestran que la Constitución es —al margen de una decisión política— una norma justiciable. A esa conclusión colabora tanto la existencia de una jurisdicción constitucional propiamente como tal; esto es, una con atribuciones para revisar la constitucionalidad de los preceptos legales, como la de una práctica constitucional de aplicación de derechos fundamentales, ya sea con efecto vertical —frente al Estado y sus organismos— u horizontal —en el ámbito de las relaciones entre particulares—.

Esta sección, además, se acompaña de algunos datos estadísticos generales sobre el país, la niñez y la adolescencia en cada Estado. Cuando corresponde, se da cuenta de los procesos políticos, culturales o sociales relevantes. Como podrá apreciarse, mientras la mayoría de los países de la región ha venido creciendo en riqueza, la distribución de la misma sigue siendo desigual y afecta, principal, aunque no exclusivamente, a niñas, niños y adolescentes.

II. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas

Los capítulos abordan la forma en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es incorporado por los órdenes constitucionales de la región. En particular, se aborda el tipo de reconocimiento constitucional que el DIDH tiene (de tenerlo), su forma de incorporación, su jerarquía en el entramado jurídico y su uso. Algo de esto acabamos de decir anteriormente al situar los contornos de este estudio comparativo, pero lo repetimos: no hay ningún país del estudio colectivo que aquí se presente en el que el DIDH no juegue un papel relevante. Sin embargo, en algunos casos, ese papel es más transversal y viene acompañado de adecuados arreglos institucionales, mientras que, en otro, ese papel primordial ha venido de la mano con su recepción por los tribunales de justicia. En cualquier caso —lo que ciertamente facilita la comparación

que presentamos— la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) figura, como se verá especialmente en la sección sobre jurisprudencia, de una forma u otra, en los órdenes constitucionales de la región.

En efecto, existen algunas experiencias, como la argentina, en las que es la Constitución misma la que identifica a la CDN como un tratado con jerarquía constitucional (artículo 75, N° 22). En el caso de Brasil, en cambio, la enmienda constitucional N° 45, que agregó un párrafo 3o. al artículo 5o., dispone —de modo genérico— que los tratados internacionales y convenciones de derechos humanos aprobados por ambas casas del Congreso Nacional, en dos distintas secciones de votación, por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros, deben ser equivalentes a las Enmiendas Constitucionales. En otros casos, en cambio, la cuestión de la jerarquía de los tratados del DIDH ha sido dejada más abierta. Allí es posible situar las experiencias de Perú y Chile. La diferencia estriba, sin embargo, en que mientras en el caso de Perú, su Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen una jerarquía constitucional; en Chile, en cambio, el Tribunal ha deambulado por una serie de interpretaciones que abrazan, finalmente (aunque esto es algo que sigue mutando), la tesis de que los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen formalmente jerarquía legal; no obstante, su comprensión se situaría a medio camino entre la ley y la Constitución.

III. Reconocimiento expreso de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el texto constitucional

En la tercera sección, los autores y autoras presentan la forma en que los esquemas constitucionales de los diferentes países de la región reconocen, regulan y protegen los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En especial, ellos y ellas dan cuenta de los procesos de reforma y/o promulgación constitucional experimentados, principalmente, en los últimos 20 años, y cómo en ellos los derechos de las niñas, niños y adolescentes

han venido ocupando un espacio central. También se aprecia una concepción amplia de constitucionalización en la que descansa este trabajo.

La pregunta por el reconocimiento constitucional de derechos puede ser respondida desde varios puntos de vista. Uno, desde luego nada irrelevante en tradiciones legales como las nuestras, es el que atiende al texto de las constituciones. Salvo los casos de Chile y Uruguay, en todos los países de la región existe alguna forma explícita de reconocimiento constitucional de los derechos de NNA. Algunos países reconocen los derechos de NNA echando mano de una cláusula general, como acontece en el caso colombiano.¹¹ En otros, como en República Dominicana, el reconocimiento se efectúa de forma explícita y en diferentes normas —como las relativas al derecho a la igualdad, al nombre, a ser inscrito en el registro civil, a la igualdad entre hijos, a la salud y a la educación—. Todavía existen casos como el de Ecuador, donde una serie de reformas que acompañaron la ratificación de la CDN concluyeron con un profuso y detallado reconocimiento constitucional que, como se señala en el capítulo en que se revisa esa experiencia, importa "una suerte de constitucionalización de la CDN".

Desde luego, no es irrelevante la manera en la que una constitución se refiere a las niñas, niños y adolescentes. El panorama comparado exhibe una variada forma de mencionarlos, no todas las constituciones colocan necesariamente el énfasis en el reconocimiento de NNA como agentes constitucionales significativos, lo cual supondría asegurar su respeto legal.¹² Así, algunas de las menciones expresas se hacen a propósito de las facultades parentales o como objetos de protección. Un ejemplo del primer enfoque se encuentra en el artículo 19, No. 11, inciso 4o., del texto constitucional chileno, en el que se dispone que "Los padres tienen el

¹¹ Es cierto que, en el caso colombiano, existe, además, una disposición relativa a los derechos de NNA menores de un año que no estén cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social.

¹² Espejo Yaksic, Nicolás, "El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República", en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 28-29.

derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos". Un ejemplo del segundo tipo de cláusulas lo ofrece el artículo 4o. de la Constitución de Perú, en el que se lee que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

Como ha sugerido Conor O'Mahony, un reconocimiento constitucional robusto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes debiera considerar tres criterios: a) *visibilidad*: conforme al cual resulta necesario determinar si los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encuentran y de qué manera en el sistema constitucional; b) *agencia*: conforme al cual ha de precisarse si las niñas, niños y adolescentes son considerados como sujetos independientes, sujetos titulares de derechos de autonomía o, en cambio, como meros objetos de protección y; c) *exigibilidad*: criterio que nos permite saber si las niñas, niños y adolescentes cuentan con acceso a garantías —judiciales y de otro tipo, incluidas las institucionales— que permitan el cumplimiento efectivo de sus derechos.¹³

En cuanto a la *visibilidad*, la región exhibe buenas experiencias. Una de ellas es la de Brasil, que en el párrafo 3o. del artículo 227 detalla una lista de derechos y ámbitos de especial protección, entre ellos: la garantía de seguridad social y derechos laborales; así como la garantía de acceso a la escuela para el adolescente y el incentivo del gobierno, mediante asistencia legal, incentivos fiscales y subsidios, según lo dispuesto por la ley, para la protección a través de la tutela de niños o adolescentes huérfanos o abandonados. De todas formas, el enfoque de los derechos allí listados posee un enfoque más bien tutelar. Otra experiencia interesante, aún en la *visibilidad*, la ofrece la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 44 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

¹³ O'Mahony, Conor, "Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability", *Human Rights Law Review*, vol. 19, núm. 3, 2019, pp. 401-434, 402.

cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el ámbito de la *agencia*, puede decirse que los textos constitucionales son más bien mezquinos en su abordaje. Una excepción puede encontrarse en Venezuela, donde la Constitución los menciona como "sujetos plenos de derecho" (artículo 78). Sin embargo, debe advertirse que parte importante de la protección de la agencia de niñas, niños y adolescentes se protege a nivel de las legislaciones de protección integral que —como se tendrá oportunidad de ver en los desarrollos jurisprudenciales de cada país— han sido cruciales en el resguardo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como en la incorporación de garantías institucionales para el resguardo de sus derechos.

En cuanto a la *exigibilidad* de los derechos, ahora, ésta se ha visto favorecida —aunque no con mención expresa a la situación de niñas, niños y adolescentes— por la tendencia largamente extendida en la región que comprende las constituciones y, en especial, sus cartillas de derechos (explícitos e implícitos) como directamente vinculantes y judicialmente exigibles. Como también se advierte en los desarrollos jurisprudenciales de cada país, pero también en la presentación general de los esquemas constitucionales de los mismos, la región ofrece una rica y asentada tradición de acciones constitucionales de emergencia.¹⁴ Tal tradición permite —como hemos dicho— la invocación directa de los derechos fundamentales ante los tribunales de justicia, incluidos los de niños, niñas y adolescentes.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Nogueira, Humberto (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago, LexisNexis, 2005. El conjunto de arreglos institucionales, a su turno, ha ido acompañado de un cierto cambio de "actitud" respecto del derecho y el rol de jueces y juezas. Huneus, Alexandra *et al.*, "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America", en Couso, Javier *et al.*, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

Dos fenómenos adicionales complementan algunos de los principales hallazgos de los capítulos en estas secciones. Primero, y al margen de los reconocimientos expresos, la región es rica en la incorporación o reconocimiento constitucional *implícito* de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este caso, el reconocimiento de derechos no se encuentra expresamente establecido en el texto constitucional,¹⁵ sino que, luego de un proceso de interpretación o integración, que puede dialogar más o menos con el texto explícito de una constitución,¹⁶ se incorpora al estatuto constitucional. Segundo, podría sugerirse que hay ciertos cuerpos legales que, dada su especial trascendencia social y (sobre todo) política,¹⁷ adquieren, siendo normas de jerarquía simplemente legal, una suerte de aura constitucional.¹⁸ Y ello sería así no sólo por la función gubernativa que desempeñan, sino también en el caso del reconocimiento de derechos individuales.¹⁹

En otras palabras, sobre la base del enfoque amplio de constitucionalización que hemos enunciado, debe advertirse que, en todos los países de la región, en algunos desde hace bastante tiempo y en otros más recientemente, existe un cúmulo de regulaciones legales que ha venido incorporando regulaciones comprensivas en materia de derechos de la infancia, las denominadas leyes de protección integral, por una parte, y sectoriales, de otra. Esto, como podrá observarse —Brasil es un muy buen ejemplo al respecto— no deja de ser importante, en la medida que esos estatutos legales han servido de base a varios tribunales a cuyo cargo está la interpretación constitucional.

¹⁵ 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 Nuñez, José (coord.), *Nuevas perspectivas del derecho público*, Santiago, Librotecnia, 2011, pp. 149-185.

¹⁶ Los diferentes acercamientos, en la medida que dialogan más o menos con el texto, se encuentran en *Ibidem*, pp. 154-9.

¹⁷ Cfr., Tushnet, Mark, *Why the Constitution Matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

¹⁸ William N. Eskridge Jr. y John A. Ferejohn, "Super-Statutes", *Duke Law Journal*, vol. 50, 2001, pp. 1215-1276.

¹⁹ A condición, sin embargo —parecido a lo que sugiere Tushnet—, de que se trate de leyes que reconocen algunos de "nuestros más importantes derechos humanos". Young, Ernest, "The Constitution Outside the Constitution", *Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 408-473, 423.

IV. Desarrollos destacados en la jurisprudencia constitucional

En la sección final de los capítulos, la más extensa de cada uno de ellos, se aborda cómo su jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo, regulando y protegiendo los derechos de la niñez y la adolescencia. Si bien en esta sección no faltan las decisiones de los órganos de control de constitucionalidad y de defensa de los derechos fundamentales, se incluyen, además, algunas sentencias que, aunque hayan sido pronunciadas por la judicatura ordinaria, reconocen, incorporan y desarrollan los derechos de niñas, niños y adolescentes. Como se verá, en la mayoría de la jurisprudencia seleccionada, la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas— ha desarrollado un papel preponderante. Dicha característica parece ir en línea con desarrollos jurisprudenciales comparados en materias como interés superior de la niña, niño o el adolescente; la autonomía progresiva; el derecho a ser oído y tomado en cuenta; derechos a la participación y políticos; a la vida; a la educación; la salud y la igualdad; a la vida familiar y responsabilidades parentales, entre otros.²⁰

Un principio y derecho que tiene un papel predominante en la jurisprudencia destacada en América Latina es el interés superior de la niña, niño o adolescente (ISN). En la región ha encontrado eco la idea de que el ISN es norma de procedimiento, criterio de adjudicación (en el sentido de hacer prevalecer los derechos de niñas, niños y adolescentes frente a otras consideraciones) y derecho fundamental. Como ha señalado el Tribunal Constitucional de Perú, el ISN es una norma con fuerza normativa superior, que cubre tanto la producción normativa, como la interpretación y aplicación de las mismas. En Ecuador, la Corte Constitucional lo ha definido como un principio "rector, cardinal, regulador de la

²⁰ Ver, en particular, Kilkelly, Ursula, Lundy, Laura y Byrne, Bronagh (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, Intersentia, 2021.

normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes" que impone deberes a todas y cada una de las autoridades públicas. Mientras que un criterio similar se ha observado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela; en Uruguay, incluso, se lo ha mencionado expresamente como criterio que debe guiar también la elaboración de políticas públicas.

En la experiencia argentina, por su parte, se lo ha definido como pauta de decisión y criterio para la intervención institucional; mientras que, en la colombiana, se lo ha entendido como principio rector y transversal de la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esto es lo que ha empujado a tribunales, como el constitucional peruano, a entender que el ISN permite la flexibilización de las normas y procedimientos cuando hay niños, niñas o adolescentes involucrados. Criterio similar al que ha seguido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la cual ha sostenido que el ISN no puede ser utilizado de manera rígida o inflexible. En Guatemala se ha sostenido un criterio similar. Esto permite que jueces y juezas puedan —y en rigor deban— prestar atención a las circunstancias particulares de cada caso, antes que hacerlo sobre la base de aproximaciones preconcebidas o encasilladas. Criterios similares son seguidos por la jurisprudencia de otros países analizados.

Otro derecho que figura prominentemente en la jurisprudencia de la región es el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y tomados en cuenta. En la experiencia argentina y venezolana, por ejemplo, se ha enfatizado la conexión de este derecho con el ISN, en la medida que la opinión de niños, niñas y adolescentes resulta crucial —aunque, por cierto, no lo único relevante— en la determinación del ISN. En Colombia, incluso, se han anulado sentencias que no han considerado en absoluto (o si lo han hecho, no debidamente) la opinión de niñas, niños y adolescentes. En otras ocasiones el ISN ha servido para el reconocimiento implícito del derecho a ser oído y tomado en cuenta. Este es el camino que enseñan, por ejemplo, México, República Dominicana y Uruguay.

En el caso de Guatemala, su jurisprudencia ha defendido este derecho como uno que debe respetarse en todos los asuntos, sean estos de índole judicial o administrativa, en que se tomen decisiones que afecten directa o indirectamente los derechos de niñas, niños y adolescentes. En Ecuador, finalmente, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos no implica que estos deban probar que tienen la capacidad para que sus opiniones sean tomadas en cuenta, antes bien, genera deberes estatales de prever las condiciones necesarias para desplegar este derecho.

Asimismo, es posible identificar en el derrotero jurisprudencial de la región un reconocimiento del derecho de niñas, niños y adolescentes a su autonomía progresiva. Por cierto, también se lo ha reconocido en conexión al ISN. Así, en Colombia se ha señalado que el ISN mandata considerar a niñas, niños y adolescentes como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos, los que podrán ejercer de acuerdo con su autonomía progresiva. Un criterio similar se ha seguido en Ecuador, donde el desconocimiento de la autonomía progresiva sería equivalente a negarles su condición de sujetos de derecho.

Parte importante de las referencias a este derecho en la región, finalmente, se abordan a propósito de decisiones de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la identificación y realización de sus proyectos de vida. Así, por caso, en Chile se lo ha referido —en conjunto con una comprensión holística del ISN— para efectos del reconocimiento del derecho a la identidad de género como para proteger constitucionalmente la libertad de expresión en el ámbito de protestas estudiantiles. En Perú, a su turno, ha sido referido, entre otras razones, para efectos de despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años. En México, la autonomía progresiva le ha permitido sostener a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, alcanzado un cierto estado de competencia, no habría espacio para imponer al adolescente una decisión contraria a sus deseos; mientras que Uruguay ha tenido un interesante desarrollo a propósito de la competencia de niños y niñas en el área médica.

En el caso del derecho a la vida, podrá apreciarse que desde luego se lo invoca tratándose de las más flagrantes violaciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes. Así, en Brasil, ha sido invocado en contexto de violencia doméstica y familiar. En otras ocasiones, este derecho es protegido a propósito de la tutela en materia de derechos sociales, como en el caso argentino, donde hay una interesante jurisprudencia desarrollada en torno a los derechos a la salud y la seguridad social, o a propósito del derecho a un nivel adecuado de vida, como en Guatemala, donde se han decidido casos tratándose de niñas, niños y adolescentes en condiciones de desnutrición crónica. En otras, finalmente, se lo vincula con el tratamiento de la salud, como en el chileno y el venezolano —en ambas experiencias se detallan casos en los que se ha preferido el derecho a la vida del niño o niña por sobre la libertad religiosa de sus progenitores—.

Desde luego, no son los únicos derechos que han recibido atención en la región. Los capítulos enseñan, además, un interesante desarrollo en el ámbito de los derechos sociales; en especial, la educación, los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas, el derecho a la vida familiar y al desarrollo de una justicia amigable o adaptada a la niñez y la adolescencia, entre otros.

C. Hacia la consolidación de la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina

Los capítulos que componen esta obra colectiva dan cuenta de una constitucionalización incipiente, pero creciente, de los derechos de niñas, niños y adolescentes. ¿Importa esto? ¿Qué razones permiten sugerir que tal proceso es no sólo positivo, sino también necesario, para la protección y el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina?

La primera cuestión que vale la pena precisar es que, la constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes no resulta equivalente al reconocimiento expreso o formal de tales derechos en el texto constitucional. Una norma constitucional que reconozca los derechos de niñas, niños y adolescentes podría tener un mero efecto simbólico y no transformar la protección de dichos derechos en la práctica.²¹ Del mismo modo, una constitución que no contenga una norma explícita y que reconozca los derechos de las niñas, niños y adolescentes no implica, necesariamente, que tales derechos no sean respetados.²² En nuestra opinión, la cuestión central sobre los diversos procesos de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que están teniendo lugar en distintas regiones del mundo, estriba en la progresiva consolidación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el entramado constitucional en su conjunto. Es decir, no sólo o necesariamente, en la existencia de normas explícitas que reconocen estos derechos, sino en prácticas constitucionales que dan cuenta de ellos.

Como se puede observar en los diferentes capítulos que componen esta obra, los esquemas constitucionales de la región enseñan que, junto al reconocimiento expreso de los derechos constitucionales de niñas, niños y adolescentes, se ha reconocido también su existencia a nivel implícito. Con todo, y como enseña la reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica respecto del derecho al aborto en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*,²³ el reconocimiento de derechos implícitos por parte de los tribunales está sujeto a

²¹ Nylund, Anna, "Introduction to Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries", en Haugli, Trude *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

²² El caso de los Países Bajos es paradigmático en este sentido. Su Constitución Política no contiene una norma que reconozca los derechos de las niñas, niños y adolescentes, salvo en lo relativo al derecho a la educación. Dicho sistema jurídico tampoco cuenta con una ley general que reconozca los derechos de las niñas, niños o adolescentes, sino distintas normas en diversos cuerpos legales y que hacen referencia a ellos. Sin perjuicio de ello, para el año 2022, el Reino de los Países Bajos tenía el cuarto lugar a nivel mundial del *ranking* de derechos de la niñez, elaborado por Kids Rights. Cfr., <https://www.kidsrights.org/research/kidsrights-index/>

²³ Thomas E. Dobbs, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, No. 19-1392, 597 U.S. [2022], en: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf

las muy concretas amenazas de su reversión, en contextos políticos menos favorables. No hay razones para creer que, en América Latina, no debiéramos estar atentos a dicha posibilidad.

A su vez, y más allá de la cuestión específica respecto a si la constitución contiene una o más normas expresas (generales o específicas) que reconocen los derechos de niñas, niños y adolescentes, hay razones de peso para insistir en la constitucionalización formal de los mismos.²⁴ Cuando las disposiciones centradas en los derechos de la niñez están arraigadas en las constituciones se hace más difícil su erosión, lo que asegura que tengan prioridad sobre todas las demás leyes nacionales con las que puedan entrar en conflicto. A su vez, tales normas constitucionales operan como un "trampolín" desde el cual proyectar los marcos legales y políticos y pueden ayudar a promover conciencia y dar legitimidad a tales derechos.²⁵ Del mismo modo, la constitucionalización de los derechos de niñas, niños y adolescentes permite evitar la *subordinación* de estos intereses específicos, a los intereses de la sociedad, la familia o de sus padres.²⁶ Un mandato constitucional de prioridad ayuda a precisar la supremacía de los intereses de niñas, niños y adolescentes sobre otras consideraciones importantes.²⁷

Del mismo modo y una vez "constitucionalizados", los derechos de niñas, niños y adolescentes no sólo se convierten en un marco de referencia importante para la formulación e implementación de la legislación y las

²⁴ Para una revisión más detallada de tales razones, ver Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Curso de derechos humanos*, Ciudad de México, SCJN/Tirant lo Blanch, 2022, pp. 617-658.

²⁵ 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 e.V. núm.7, 2019, p. 6.

²⁶ O'Mahony, Conor, "The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights", en Dwyer, James G. (ed.), *Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 871- 896.

²⁷ Liefwaard, Ton y Doek, Jaap (eds.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015, p. vii.

políticas públicas.²⁸ La precisión de derechos y garantías en el texto constitucional ayuda a dotar de mayor coherencia a la interpretación judicial y precisar contornos y contenidos normativos mínimos, desde los cuales se proyecta el trabajo del intérprete constitucional.²⁹ Finalmente, la constitucionalización de los derechos de la niñez no sólo permite al Estado, los progenitores y la sociedad en su conjunto tener claridad respecto al catálogo de derechos orientados al cuidado y protección de niñas, niños y adolescentes. Al hacerlo, dicho reconocimiento provee de buenas razones para contar con mayor claridad social, cultural y política respecto al papel que niñas, niños y adolescentes desempeñan no sólo como "sujetos de protección especial" sino, también, como "agentes políticos y constitucionales significativos".³⁰

Estamos seguros de que los aportes hechos por las y los autores de este libro permitirán no sólo contribuir a un mejor conocimiento y comparación de los diversos procesos de constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina. Los capítulos aquí contenidos pueden ayudar a promover una discusión dogmática y práctica de un constitucionalismo que ha prescindido, por demasiado tiempo ya, de los desafíos que le imponen la niñez y la adolescencia.

Bibliografía

Guastini, Ricardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trad. de José María Lujambio, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

²⁸ Sloth-Nielsen, Julia y Kruuse, H., "A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights in South African Jurisprudence 2007-2012," en *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, p. 647.

²⁹ Espejo Yaksic, Nicolás, "Desconocimiento y subordinación. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile al Proyecto de Ley que establece el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez", en *Anuario de Derecho Público* 2022, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2023.

³⁰ Lovera, Domingo, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Santiago de Chile, Plataforma Contexto, 2021.

Bogdandy, Armin, von, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.

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

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

Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, SCJN, 2020.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Curso de derechos humanos*, Ciudad de México, SCJN/Tirant lo Blanch, 2022, pp. 617-658.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Desconocimiento y subordinación. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile al Proyecto de Ley que establece el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez", en *Anuario de Derecho Público 2022*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2023 (en prensa).

Ferrajoli, Luigi, "El paradigma normativo de la democracia constitucional", en Marcilla Córdoba, G. (coord.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Haugli, Trude, Nylund, Anna, Sigurdson, Randi y Bendiksen, R.L. (eds.), *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020.

Hübner, Conrado et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

Huneus, Alexandra et al., "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America", en Couso, Javier et al., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Kilkelly, Ursula, Lundy, Laura y Byrne, Bronagh (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, Intersentia, 2021.

Law, David S. y Versteeg, Mila, *Constituciones aparentes*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018.

Lawrence G., *Justice in Plainclothes: A theory of American Constitutional Practice*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2004.

Liefwaard, Ton y Doek, Jaap (eds.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015.

Lovera, Domingo, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Santiago de Chile, Plataforma Contexto, 2021.

Nogueira, Humberto (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y pros-pectiva*, Santiago, LexisNexis, 2005.

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

O'Mahony, Conor, "The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children's Rights", en Dwyer, James G. (ed.), *Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 871- 896.

Peña, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1995.

Sloth-Nielsen, Julia y Kruuse, H., "A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights en South African Jurisprudence 2007-2012", *International Journal of Children's Rights*, núm. 21, 2013, pp. 646-678.

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 e.V. núm.7, 2019, p. 6.

Thomas E. Dobbs *et al.*, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. [2022], en: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf

Tushnet, Mark, *Why the Constitution Matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

William N. Eskridge Jr. y John A. Ferejohn, "Super-Statutes", *Duke Law Journal*, vol. 50, 2001, pp. 1215-1276.

Young, Ernest, "The Constitution Outside the Constitution", *Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 408-473.

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

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

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

